Sentencia T-253 de 2023

Expediente T-9.041.640

PREPENSIONADOS QUE OCUPAN CARGOS DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD EN EL MARCO DE UN CONCURSO DE MERITOS-Mecanismos de protección

(…) la estabilidad laboral reforzada del prepensionado genera la obligación de trato preferencial que debe cumplir la entidad nominadora “en la medida de las posibilidades”. Esa obligación se concreta en: (i) tomar medidas para que esos servidores sean los últimos en ser desvinculados de sus cargos; y, (ii) si existen cargos en vacancia definitiva similares o equivalentes a los que venían ocupando, nombrarlos en esos cargos mientras se proveen a través del concurso de méritos y hasta que logren cumplir los requisitos para obtener su pensión de vejez.

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PREPENSIONADO-Procedencia excepcional

DESVINCULACION DE SERVIDORES PUBLICOS PROVISIONALES CON ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA CON OCASION DE CONCURSO DE MERITOS-Reiteración de jurisprudencia

ESTABILIDAD LABORAL DE PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Protección legal

DERECHO AL MINIMO VITAL Y ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-Orden de reintegrar a empleado

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PREPENSIONADO-Solo aplica en los casos en que sea necesario mantener el vínculo laboral del trabajador, para que éste pueda completar las semanas de cotización requeridas

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Sexta de Revisión-

SENTENCIA T-253 de 2023

Referencia: Expediente T-9.041.640

Asunto: Revisión de las sentencias de tutela proferidas dentro del proceso promovido por Blanca Enaida Rojas Pérez contra el Municipio de Tibasosa (Boyacá)

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Sexta de Revisión, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente sentencia al revisar la proferida el 31 de agosto de 2022 por el Juzgado Primero Civil del Circuito Oral de Duitama, mediante la cual revocó la emitida el 26 de mayo de 2022 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tibasosa.

I. I. ANTECEDENTES

1. 1. La señora Blanca Enaida Rojas Pérez se desempeñaba como servidora pública, nombrada en provisionalidad, en el cargo de "auxiliar administrativo", código 407, grado 09, en el Municipio de Tibasosa (Boyacá), desde el 12 de marzo de 2002.

2. La Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), a través del Acuerdo Nro. 20191000004696 de 14 de mayo de 2019, convocó y estableció las reglas del proceso de selección para proveer -de manera definitiva- cargos de carrera administrativa de la planta de personal en el Municipio de Tibasosa (Boyacá) dentro de la Convocatoria 1241 de 2019. La Convocatoria tenía por objetivo proveer once vacantes, de las cuales dos eran para el cargo "auxiliar administrativo", código 407, grado 9, que correspondían a la Oferta Pública de Empleo de Carrera -OPEC 67261.

3. La señora Rojas Pérez se inscribió para ocupar el cargo que venía desempeñando en provisionalidad.

4. Cumplidas las etapas de la convocatoria, la CNSC publicó la lista de elegibles para las dos vacantes de la OPEC 67261, mediante Resolución 2785 de 1º de marzo de 2022. En la lista de elegibles, que cobró firmeza el 11 de marzo de 2022, la señora Rojas Pérez se ubicó en la

tercera posición:

“(…) Artículo Primero. Conformar y adoptar la Lista de Elegibles para proveer dos (2) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO, Código 407, Grado 9, identificado con el Código OPEC No. 67261. ALCALDÍA DE TIBASOSA – BOYACÁ-, del Sistema General de Carrera Administrativa, así:

Posición

Documento

Nombres

Apellidos

Puntaje

1

46452297

Grace Elena

Angarita Royero

79.78

2

1055314764

Diana María

Sierra Ortiz

76.01

3

24166772

Blanca Enaida

Rojas Pérez

74.25

(…)”.

5. El 30 de marzo de 2022, la señora Rojas Pérez recibió, vía correo electrónico, la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022, expedida por la alcaldesa del Municipio de Tibasosa (Boyacá), por medio de la cual: (i) se nombró en período de prueba, en el cargo de “auxiliar administrativo”, código 407, grado 09, a la señora Diana María Sierra Ortiz, quien ocupó el segundo puesto de la lista de elegibles para la OPEC 67261; y, (ii) como consecuencia del nombramiento en período de prueba de la señora Sierra Ortiz, se terminó la vinculación de la señora Rojas Pérez, quien ocupaba en provisionalidad dicho cargo.

6. El 31 de marzo de 2022, la Jefe de Talento Humano del Municipio de Tibasosa (Boyacá) le notificó a la señora Rojas Pérez la terminación de su nombramiento provisional. Adjuntó copia de la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022 y copia de la aceptación de la señora Sierra Ortiz para ocupar el cargo de “auxiliar administrativo” ofrecido en la OPEC 67261.

8. El 2 de mayo de 2022, la alcaldesa de Tibasosa (Boyacá) resolvió de manera negativa el recurso reposición presentado por la accionante. Señaló que: (i) según criterio unificado de la CNSC de 16 de enero de 2020 y concepto 217781 de 5 de junio de 2020 emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), el numeral 4 del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 sólo entró en vigencia el 27 de junio de 2019 cuando se publicó la ley, por lo que no puede ser aplicado al caso concreto debido a que la Convocatoria 1241 de 2019 se hizo el 14 de mayo de 2019; y, (ii) al momento de iniciar el proceso de selección de la Convocatoria 1241 de 2019, la señora Rojas Pérez no tenía calidad de prepensionada, y su cargo lo ocupaba en provisionalidad, razón por la cual tenía una estabilidad laboral relativa que debe ceder a la provisión del cargo que se realiza en virtud de un concurso de méritos. En este caso, su desvinculación obedeció a una razón objetiva que fue descrita de manera detallada en la motivación de la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022 para garantizar el

derecho de contradicción.

9. Según certificación de 14 de febrero de 2023 suscrita por la Jefe de Talento Humano de la alcaldía de Tibasosa (Boyacá), en marzo de 2022, cuando fue emitida la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022 por medio de la cual se desvinculó a la señora Rojas Pérez de su cargo, no había cargos en vacancia definitiva dentro de la planta de personal del municipio. De igual forma, conforme a la certificación emitida por la misma dependencia, con corte a 31 de mayo de 2022, dos meses después de la desvinculación de la accionante, los cargos de "auxiliar administrativo", código 407, grado 09, se encontraban ocupados por personas cobijadas con la protección por estabilidad laboral reforzada, ya por ser madres cabeza de familia, ya por ser prepensionadas, además de otra que era cuidadora de una persona en situación discapacidad.

2. Solicitud de protección constitucional

10. El 12 de mayo de 2022, la señora Rojas Pérez, en nombre propio, solicitó la tutela de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a cargos públicos de carrera, que habrían sido vulnerados por la desvinculación del cargo que desempeñaba. Afirmó que dicha desvinculación desconoció la garantía a la estabilidad laboral reforzada en su calidad de prepensionada y madre cabeza de familia, ocasionando perjuicios irremediables que afectaron el mínimo vital de ella y de su hija menor de edad.

11. Señaló que la Alcaldía desconoció (i) su estabilidad laboral reforzada por su calidad de prepensionada, y (ii) el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 que establece que la lista de elegibles conformada luego de un proceso de selección puede ser usada para proveer vacancias definitivas de cargos equivalentes que no hicieron parte del proceso pero que surgen después de la convocatoria pública realizada.

12. Afirmó que, después de provistos los dos empleos de la OPEC 67261, ella quedó en el "primer puesto" de la lista y debe ser ubicada en uno de los cargos que habría quedado vacante después de iniciado el proceso de selección a través del concurso de méritos. Aseguró que si bien no tenía la calidad de prepensionada cuando inició el proceso de selección de la Convocatoria 1241 de 2019, ella obtuvo esa calidad con el paso del tiempo gracias al servicio público que prestó en el Municipio de Tibasosa (Boyacá) y que al momento de presentar la solicitud de tutela solo le faltaba un año y seis meses para cumplir los

requisitos para acceder a la pensión de vejez.

13. Por lo anterior, solicitó ordenar a esa Alcaldía que revoque solamente el artículo tercero de la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022, por medio del cual se terminó su vinculación al cargo de “auxiliar administrativo”, en provisionalidad, y que la restablezca en dicho cargo, “sin solución de continuidad”; o en su defecto, como pretensión subsidiaria, que se le nombre en período de prueba, en un cargo vacante de “auxiliar administrativo”, código 407, grado 09, de la planta del Municipio de Tibasosa (Boyacá) porque actualmente se encuentra en el “primer lugar” de la lista de elegibles para ser nombrada. Con respecto a esa última pretensión, la accionante sostiene que hay varios cargos de igual nivel en vacancia definitiva, lo que significaría, en virtud del artículo 2.2.5.3.1 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, que pueden estar siendo desempañados de manera temporal a través de funcionarios en encargo o con nombramiento provisional.

14. Para una mejor comprensión de la solicitud de amparo, es importante precisar que en la solicitud no se cuestiona, de ninguna forma, el proceso de selección desarrollado con ocasión de la Convocatoria 1241 de 2019, ni la legalidad de la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022 en cuanto al nombramiento de la señora Diana María Sierra.

3. Trámite procesal de instancia

15. La solicitud de tutela le correspondió al Juzgado Promiscuo Municipal de Tibasosa que, en Auto de 12 de mayo de 2022, la admitió y vinculó a la CNSC, a la señora Diana María Sierra Ortiz -quien fue la persona nombrada en período de prueba para ocupar el cargo que desempeñaba la accionante-, y a las demás personas que participaron en la Convocatoria 1241 de 2019 para proveer los dos cargos de la OPEC 67261 y con las cuales se conformó la lista de elegibles. También, ordenó notificar la admisión de la tutela a la Personería del municipio de Tibasosa (Boyacá) para que, en su condición de agente del Ministerio Público, rindiera concepto en caso de considerarlo necesario.

4. Oposición en instancia

16. En escrito radicado el 16 de mayo de 2022, a través de apoderada, la alcaldesa de Tibasosa (Boyacá) rindió informe sobre la acción de tutela presentada en el que solicitó negar las pretensiones de la accionante ya que no se demostró un perjuicio irremediable en su

contra y cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para solicitar la “revocatoria” de la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022.

17. Explicó que: (i) la Convocatoria 1241 de 2019 inició el proceso de selección el 14 de mayo de 2019 mientras que la Ley 1960 de 2019 entró en vigencia el 27 de junio de 2019. El numeral 4 del artículo 6 de dicha Ley establece que con la lista de elegibles se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no ofrecidos que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad, en estricto orden de mérito. Sin embargo, no prevé su aplicación retroactiva, a procesos ya iniciados, de acuerdo con el criterio unificado de la CNSC de 16 de enero de 2020, y el concepto 217781 de 2020 del DAFP. Además, (ii) la prohibición de ofrecer para concurso de méritos los cargos ocupados por funcionarios en provisionalidad que tuvieran la calidad de prepensionados fue introducida por la Ley 1955 de 2019, también con posterioridad al inicio del proceso de selección de la Convocatoria 1241 de 2019. Advirtió, en todo caso, que la accionante no ostentaba la calidad de prepensionada al momento de ofrecerse su cargo para el concurso de méritos de la Convocatoria 1241 de 2019.

18. Agregó que: (iii) varios conceptos del DAFP indican, entre otros asuntos, que los servidores públicos que ocupan un cargo en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que pueden ser removidos del cargo por causales legales y objetivas que deben ser expresadas de manera clara en la decisión de desvinculación. Así, el funcionario que ocupa el cargo en provisionalidad debe cederlo a la persona que ocupe el primer lugar en la lista de elegibles ya que el mérito es el factor que determina el ingreso y la permanencia en el sector público; (iv) la acción de tutela es improcedente porque en la sentencia SU-498 de 2016 se estableció que la nulidad y el restablecimiento del derecho es el medio de control judicial de los actos de carácter particular que profiere la administración pública; a su turno, (v) la sentencia T-464 de 2019 indicó que los funcionarios en provisionalidad que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada pero pueden ser desvinculados con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que haya ganado un concurso de méritos, pues el derecho del funcionario en provisionalidad cede frente al derecho de quien obtuvo un resultado positivo en el concurso; y, (vi) con base en la sentencia T-554 de 2019 no se configura perjuicio irremediable en el presente caso porque la accionante no es una persona de avanzada edad, ni ella ni su familia tienen deterioro de salud, y no acreditó ser madre

cabeza de familia.

5. Intervención de las entidades y las personas vinculadas al proceso de tutela

19. La CNSC, en calidad de vinculada, señaló que: (i) no se demostró la inminencia, urgencia, gravedad, ni el carácter impostergable de la acción de tutela, motivo por el cual no se configuró un perjuicio irremediable; (ii) la accionante ocupó el tercer puesto de la lista de elegibles de la OPEC 67261, y no sería posible nombrarla en el cargo ofrecido porque se vulnerarían los derechos al debido proceso, a la igualdad, al libre acceso a cargos públicos, al mérito, a la libre concurrencia, y a la transparencia e imparcialidad de quienes ocuparon la posición de elegibles en la OPEC 67261; (iii) quienes resultaron elegidos adquirieron un derecho que no se puede desconocer; (iv) los artículos 2.2.12.1.2.1 y 2.2.12.1.2.2. del Decreto 1082 de 2015, que establecen una estabilidad laboral reforzada a favor de madres cabeza de familia y prepensionados, tienen efectos para los servidores públicos activos que requieren protección especial, pero no se extiende para los aspirantes inscritos en el proceso de selección de la Convocatoria; (v) la provisión de los empleos públicos, con excepción de quienes son funcionarios de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley, se debe fundamentar única y exclusivamente en el mérito según el artículo 125 de la Constitución y los artículos 27 y 28 de la Ley 909 de 2004; (vi) según las sentencias SU-446 de 2011 y T-595 de 2016 de la Corte Constitucional, y el Concepto Marco 9 de 2019 del DAFP, los empleados en provisionalidad que se encuentran en situaciones de especial protección constitucional no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo; y (vii) no toda circunstancia que afecte un derecho configura un perjuicio irremediable, pues se exige un grado de certeza suficiente sobre la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que reclama la accionante.

20. La señora Grace Elena Angarita Royero, quien ocupó el primer puesto de la lista de elegibles de la Convocatoria 1241 de 2019 y fue vinculada al proceso para que se pronunciara sobre los hechos de la tutela, aseguró que fue notificada para tomar posesión de su cargo en período de prueba por seis meses, y que se posesionó el 1º de abril de 2022.

21. La señora Diana María Sierra Ortiz, quien ocupó el segundo puesto de la lista de elegibles de la Convocatoria 1241 de 2019 y fue vinculada al proceso para obtener su pronunciamiento

sobre la tutela, señaló que el 28 de marzo de 2022 aceptó su nombramiento, y que el 1º de abril siguiente se posesionó en el cargo para un período de prueba de seis meses. También, precisó que su nombramiento, contrario a lo que señaló el juez en el auto de admisión, no es en provisionalidad sino con derechos de carrera administrativa.

22. El señor Marco Isidro Rojas Rojas, quien participó en la Convocatoria 1241 de 2019 ocupando el puesto sexto en la lista de elegibles y fue vinculado al proceso para pronunciarse sobre los hechos de la tutela, afirmó que no conoce la situación personal de la accionante, ni el estado y vinculación laboral que tiene con la administración municipal.

23. La Personería del Municipio de Tibasosa (Boyacá) no intervino.

6. Decisiones judiciales objeto de revisión

6.1. Decisión de primera instancia

24. El Juzgado Promiscuo Municipal de Tibasosa, mediante sentencia de 26 de mayo de 2022, concedió el amparo constitucional invocado por la señora Rojas Pérez. Sin embargo, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Duitama decretó “la nulidad de todo lo actuado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tibasosa (Boyacá), a partir del emitido el 26 de mayo de 2022, inclusive, conservando valor las pruebas recaudadas”, y devolvió el expediente para que se subsanara la indebida integración del contradictorio por considerar que debía vincularse a la Universidad Nacional de Colombia por ser la entidad que hizo las pruebas de aptitud en la Convocatoria 1241 de 2019. En consecuencia, mediante Auto de 9 de junio de 2022, el Juzgado Promiscuo Municipal de Tibasosa vinculó a la Universidad Nacional de Colombia y le dio traslado de la acción de tutela, sin obtener respuesta.

26. Por un lado, sostuvo que el amparo era procedente para evitar un perjuicio irremediable mientras se surte el proceso en la jurisdicción contencioso-administrativa, espera durante la cual se vería en riesgo el mínimo vital de la accionante y su familia.

27. Por otro lado, concluyó que si bien cuando inició el proceso de selección de la Convocatoria 1241 de 2019 la accionante estaba a más de tres años de cumplir los requisitos para obtener su pensión, esa situación cambió cuando se conformó la lista de elegibles de la Convocatoria en marzo de 2022, momento en el cual ya tenía la calidad de prepensionada y

la expectativa de gozar de su derecho pensional. Por tanto, previo a su desvinculación, la alcaldía de Tibasosa debió adoptar medidas para garantizar sus derechos tales como nombrar a los elegibles en cargos diferentes al ocupado por la accionante, teniendo en cuenta su condición de madre cabeza de familia y que su sustento dependía de su vinculación laboral.

28. Finalmente, argumentó que los derechos fundamentales de la accionante también se vieron afectados cuando, después de proveer los cargos ofrecidos, no se adoptaron medidas para evitar la desvinculación de la accionante a pesar de existir cargos vacantes. Explicó que, si bien no se obtuvo una certificación de la existencia de esas vacantes disponibles, la alcaldía de Tibasosa no desvirtuó en el proceso la afirmación que hizo la accionante, en su solicitud de amparo, sobre la disponibilidad de esos cargos:

"Empero, si bien no se allegó una certificación sobre la existencia de otras vacantes en cargos similares al que ocupaba la accionante, en los hechos de la acción la misma afirmó que con posterioridad a haberse abierto la convocatoria respectiva por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se produjo la vacancia de algunos otros cargos ante el reconocimiento pensional de las personas que los ocupaban, afirmación que no fue desvirtuada por la administración, pues lo único que hizo la Alcaldía fue indicar que como quiera que los nuevos cargos no habían sido ofertados en esta convocatoria, no resultaba procedente su provisión mediante la lista de elegibles de la convocatoria en mención.

Para el Despacho, si bien, los cargos respecto de los cuales se produjo la vacancia con posterioridad a la expedición de la Convocatoria N° 1241 de 2019, no fueron ofertados en la misma, pues la convocatoria se abrió para proveer dos cargos que ya fueron provistos con las dos primeras personas de la lista de elegibles, ello no constituye razón suficiente para negar a la accionante el derecho a desempeñarse en alguno de ellos, en primer lugar por cuanto la administración no adoptó medidas para evitar la desvinculación de la accionante pese a su condición de pre pensionada, y, en segundo lugar, por cuanto se tiene certeza que la accionante también superó el concurso de méritos para ese tipo de cargos, encontrándose en el tercer lugar de la lista de elegibles y por consiguiente, es la persona que sigue en turno para ocupar cualquier vacante que se pueda producir en la administración municipal para dicho cargo" (énfasis añadido).

6.2. Impugnación

29. El 17 de junio de 2022, la alcaldía de Tibasosa solicitó revocar la decisión y, en su lugar, declarar improcedente la acción por las siguientes razones: (i) el Juzgado dio por probado, sin estar acreditado en el proceso, que la señora Rojas Pérez es madre cabeza de familia, que el salario que recibía era el único ingreso económico que tenía, y que su desvinculación podría causar un perjuicio irremediable; (ii) cuando inició la Convocatoria 1241 de 2019, para proveer dos cargos de "auxiliar administrativa" según la OPEC 67261, la señora Rojas Pérez no tenía la calidad de prepensionada y, por lo tanto, no gozaba de estabilidad laboral reforzada; (iii) la Alcaldía reportó a la CNSC que el cargo que ocupaba la señora Rojas Pérez sería ofrecido en el concurso de méritos de la Convocatoria 1241 de 2019 porque en ese momento no tenía la calidad de prepensionada; (iv) la accionante ocupó el tercer puesto en la lista de elegibles para la OPEC 67261, razón por la cual no ganó el derecho a ocupar alguno de los dos empleos ofrecidos para el cargo "auxiliar administrativo" en la Convocatoria 1241 de 2019; (v) la desvinculación de la señora Rojas Pérez obedeció a una razón objetiva; y (vi) se anexó certificación de la Jefe de Talento Humano de la entidad, fechada el 31 de mayo de 2022, donde aparece que tres funcionarias que ocupaban a esa fecha los cargos de "auxiliar administrativo", código 407, grado 09, eran madres cabezas de familia, una de ellas prepensionada, y la restante era cuidadora de una persona en situación de discapacidad.

30. Explicó que (vi) la Ley 1960 de 2019 no se puede aplicar a la Convocatoria 1241 de 2019 porque entró en vigencia con posterioridad al inicio del proceso de selección y dicha ley no previó su aplicación retroactiva; (vii) la acción de tutela se presentó un "mes y veinte días" después de notificada la Resolución 132 del 22 de marzo de 2022, razón por la cual no cumpliría el requisito de inmediatez; (viii) la tutela no cumplió el requisito de subsidiariedad porque la accionante debió acudir al medio de control la nulidad y el restablecimiento del derecho y tampoco probó la configuración de un perjuicio irremediable; y (ix) a la fecha de presentación de la impugnación, la accionante no había presentado el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022, ni había solicitado la suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar.

6.3. Decisión de segunda instancia

31. En sentencia de 31 de agosto de 2022, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Duitama revocó la decisión de primera instancia y “negó por improcedente” la acción presentada por la señora Rojas Pérez. Sostuvo que: (i) la accionante contaba con los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el acto administrativo que reprochaba; (ii) el retiro de la accionante de su cargo obedeció al nombramiento en el cargo que desempeñaba la señora Diana María Sierra Ortiz, quien superó el concurso de méritos, razón objetiva y legítima para la desvinculación de la accionada; (iii) correspondía a la accionante informar a su nominador sobre las condiciones que la hacían sujeto de especial protección, no obstante lo cual no allegó prueba alguna que acredite su calidad de madre cabeza de familia. Subrayó que, en todo caso, la Corte Constitucional en la sentencia T-003 de 2018 señaló que no existe un derecho fundamental a permanecer en el cargo, pues los funcionarios pueden ser separados del servicio cuando se convoca un concurso para proveer la plaza de manera definitiva. Finalmente, sostuvo que (iv) no corresponde al Juez de tutela decidir sobre reintegros a cargos públicos.

7. Actuaciones en sede de revisión

7.1. Selección y reparto del expediente

32. En Auto de 29 de noviembre de 2022 la Sala de Selección de Tutelas Nro. 11 de la Corte Constitucional resolvió seleccionar el expediente de la referencia para su revisión y lo repartió a la Sala Cuarta de Revisión para su decisión, la cual se encontraba presidida por el magistrado sustanciador. Posteriormente, mediante el Acuerdo 1º de 7 de diciembre de 2022, la Sala Plena de la Corte Constitucional determinó una nueva conformación de las Salas de Revisión a partir del 11 de enero de 2023, correspondiéndole al magistrado sustanciador presidir la Sala Sexta de Revisión.

7.2. Pruebas practicadas en sede de revisión de la tutela

33. En Auto de 7 de febrero de 2023, la Sala ordenó la práctica de pruebas e informó a las partes que, una vez recibidas, se pondrían a su disposición. El 2 de marzo de 2023, la Secretaría General de la Corte Constitucional allegó al despacho del magistrado sustanciador el informe de ejecución del Auto mencionado.

7.3. Información aportada por el Municipio de Tibasosa (Boyacá)

34. La apoderada de la alcaldía de Tibasosa (Boyacá) allegó comunicación el 15 de febrero de 2023 en la que manifestó que: (i) a la fecha de inicio del proceso de selección de la Convocatoria 1241 el 14 de mayo de 2019, la accionante no ostentaba la calidad de prepensionada; (ii) se nombraron en el cargo de “auxiliar administrativa” a las dos personas que ocuparon los dos primeros puestos de la lista de elegibles; la accionante ocupó el tercer lugar por lo que no fue nombrada en ninguno de los empleos ofertados; (iii) en cumplimiento de la sentencia de tutela de primera instancia, la alcaldía de Tibasosa inició gestiones para reincorporar a la señora Rojas Pérez a un cargo con funciones similares o equivalentes al que desempeñaba. Verificada la planta de personal se constató la ausencia de cargos vacantes. Por consiguiente, el 29 de agosto de 2022 se emitió el Decreto municipal 72, mediante el cual se creó un cargo de “auxiliar administrativo”, código 407, grado 9, con el fin de dar cumplimiento a la sentencia de tutela de primera instancia y posesionar así a la accionante en ese cargo temporal. Ese mismo día también se emitió el Decreto municipal 73, por medio del cual se nombró a la señora Rojas Pérez en el cargo temporal que fue creado. Pero, (iv) revocada la sentencia de primera instancia, la alcaldía del municipio de Tibasosa revocó los Decretos municipales 72 y 73 de 29 de agosto de 2022.

35. Finalmente anexó (v) certificación de la Jefe de Talento Humano de la alcaldía de Tibasosa, de 15 de febrero de 2023, para acreditar que una vez verificada la hoja de vida de la señora Rojas Pérez no se encontró comunicación en la que manifieste sobre la calidad de prepensionada, ni de madre cabeza de familia; (vi) certificación de la Jefe de Talento Humano del Municipio de Tibasosa, de 14 de febrero de 2023, según la cual hay siete (7) cargos de “auxiliar administrativo”, código 407, grado 9, en la entidad y están ocupados por tres funcionarios con derechos de carrera administrativa, y por cuatro funcionarios nombrados en provisionalidad, de los cuales una funcionaria tiene la calidad de prepensionada. También, la certificación señala que, en marzo de 2022, cuando se realizó la desvinculación de la accionante, a través de Resolución 132 de 22 de marzo de 2022, no había ningún cargo en vacancia definitiva dentro de la planta de personal de la alcaldía del municipio.

7.4. Información aportada por la accionante

36. Mediante correo electrónico de 15 de febrero de 2023, la accionante informó que no cuenta con servicio de salud para ella ni para su hija menor de edad. Además, allegó: (i) copia de los Decretos municipales 72 y 73 de 2022 mediante los cuales se creó un cargo

temporal de “auxiliar administrativa”, código 407, grado 9, y se le nombró en ese cargo; y copia de los Decretos municipales 77 y 78 del 2022, mediante los cuales se revocó la creación del cargo y su nombramiento; (ii) planilla de autoliquidación de aportes al sistema general de seguridad social correspondiente a la cotización de octubre de 2022, en la que aparece la novedad de “retiro”; y, (iii) copia del registro civil de nacimiento de su hija Daniela Faura Rojas.

7.5. Respuesta del Municipio de Tibasosa (Boyacá) al traslado de pruebas

7.6. Respuesta de la accionante al traslado de pruebas

38. El 22 de febrero de 2023, la accionante aseguró que: (i) presentó recurso de reposición en contra de la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022 por medio de la cual fue desvinculada de su cargo, al cual anexó copia de su cédula de ciudadanía, reporte de semanas cotizadas a Colpensiones y registro civil de su hija menor de edad; (ii) el Decreto municipal 43 de 4 de junio de 2019 que define la planta de personal de la alcaldía del municipio de Tibasosa indica que hay seis cargos de “auxiliar administrativo”, código 407, grado 9. Para 4 de junio de 2019, cuatro de esos cargos estaban provistos por funcionarios con derechos de carrera administrativa y dos estaban en provisionalidad, uno de ellos ocupado por la accionante. Para el 30 de marzo de 2022, solo había una funcionaria con derechos de carrera administrativa y cinco en provisionalidad pues tres funcionarias con derechos de carrera administrativa habían obtenido su pensión de vejez; (iii) tiene derecho a obtener uno de los cargos que están en vacancia definitiva y que se encuentran ocupados temporalmente con funcionarios en provisionalidad, pues ella sigue en el orden de la lista de elegibles; (iv) la Jefe de Talento Humano de la alcaldía de Tibasosa, certificó que el 31 de mayo de 2022 había una vacancia definitiva ocupada por una funcionaria en provisionalidad. Adjuntó certificación de 31 de mayo de 2022 donde aparece que cuatro funcionarias que ocupan el cargo de “auxiliar administrativo”, código 407, grado 9, están nombradas en provisionalidad. El documento también certifica que tres de ellas son madres cabeza de familia y la restante es una persona en situación de discapacidad; (v) que la alcaldesa y la Jefe de Talento Humano del Municipio de Tibasosa no buscaron mecanismos para reubicarla aun existiendo cargos en vacancia definitiva ocupados con funcionarios en provisionalidad y que podían ser provistos con la lista de elegibles de la Convocatoria 1241 de 2019, según el numeral 4 del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019; (vi) en 2019 no contaba con la edad para

ser prepensionada porque le faltaban más de cuatro años de tiempo de servicios para obtener esa calidad; y, (vi) presentó acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable como el que está soportando junto a su hija en la actualidad, sin salario, servicio médico ni seguridad social.

7.7. Respuesta de la señora Diana María Sierra al traslado de pruebas

39. El 24 de febrero de 2023, la señora Diana María Sierra aseguró que el 28 de marzo de 2022 aceptó su nombramiento en el cargo "auxiliar administrativo", código 407, grado 9, que hizo la alcaldía de Tibasosa luego de realizada la Convocatoria 1241 de 2019, y que el 1º de abril de 2022 se posesionó en el cargo para un período de prueba de seis meses. Informó, igualmente, que luego de los seis meses del período de prueba obtuvo una calificación definitiva "sobresaliente", razón por la cual fue nombrada de manera definitiva mediante el Decreto municipal 90 de 20 de octubre de 2022 en el cargo mencionado, en el cual se posesionó obteniendo sus derechos de carrera administrativa según acta 29 de 20 de octubre de 2022.

. CONSIDERACIONES

1. 1. Competencia

40. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, con fundamento en los artículos 86, inciso segundo, y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, es competente para revisar las decisiones judiciales proferidas dentro del proceso de tutela de la referencia.

2. Delimitación del problema jurídico y estructura de la decisión

41. A pesar de que la solicitud de tutela no es clara en tanto plantea pretensiones contradictorias, resulta razonable interpretar que la accionante solicita la protección de su derecho a la estabilidad laboral reforzada, la cual se habría visto afectada por la desvinculación del cargo que desempeñaba (i) sin tener en cuenta su calidad de prepensionada, y (ii) sin dar aplicación al artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 que le permitiría ocupar otro cargo de "auxiliar administrativo" del Municipio por ser la siguiente en la lista de elegibles, ya que ocupó el tercer puesto en la Convocatoria 1241 de 2019 realizada para

proveer dos de esos cargos. El daño causado, según la solicitud de amparo, habría consistido en la disminución de su sustento económico y de su hija menor edad, ya que tiene la calidad de madre cabeza de familia.

42. En consecuencia, la señora Rojas Pérez pretende que se le ordene a la Alcaldía revocar el artículo tercero de la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022, por medio del cual se terminó su vinculación al cargo de "auxiliar administrativo", en provisionalidad, y que sea restablecida en dicho cargo "sin solución de continuidad". La solicitud de protección, en todo caso, está limitada en el tiempo en tanto se encuentra condicionada al cumplimiento de la cotización mínima de semanas para acceder a la pensión de vejez. En su defecto, que se le nombre en período de prueba para lograr obtener los derechos de carrera administrativa, en un cargo vacante de "auxiliar administrativo" de la planta del Municipio de Tibasosa (Boyacá) porque actualmente se encuentra en el "primer lugar" de la lista de elegibles para ser nombrada.

43. El Juzgado Promiscuo Municipal de Tibasosa concedió el amparo porque: (i) la accionante al momento de conformarse la lista de elegibles de la Convocatoria 1241 de 2019, en marzo de 2022, tenía la calidad de prepensionada; y, (ii) como la Alcaldía no desvirtuó en el proceso de tutela la afirmación de la accionante sobre la existencia de cargos vacantes de "auxiliar administrativo", se debe entender que existen esos cargos y que, a pesar de no haber sido ofrecidos en la Convocatoria 1241 de 2019, pueden ser provistos con la lista de elegibles que resultó de la Convocatoria para la OPEC 67261.

44. Impugnada la decisión por la Alcaldía, el Juzgado Promiscuo Civil del Circuito de Duitama revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, "negó por improcedente" la acción de tutela. Argumentó que (i) la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, eficaces e idóneos, para controvertir su desvinculación, en especial los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho; (ii) la desvinculación de la accionante obedeció a una razón objetiva y legítima ya que resultó del nombramiento de la señora Sierra Ortiz quien superó el concurso de méritos de la Convocatoria 1241 de 2019; (iii) el juez de tutela no puede ordenar el reintegro de la accionante al servicio público porque esa función le compete al nominador; y, (iv) no se allegó prueba que acredite que la accionante es madre cabeza de familia.

45. En consecuencia, corresponde a la Sala revisar si las sentencias de tutela proferidas el 31 de agosto de 2022 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Duitama, en segunda instancia, y el 14 de junio de 2022 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tibasosa, en primera instancia, se encuentran ajustadas a derecho en los términos de los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991. En caso de ser revocadas se determinará si la alcaldía del municipio de Tibasosa (Boyacá) vulneró la estabilidad laboral reforzada de la señora Rojas Pérez al ser desvinculada de su cargo de "auxiliar administrativo" y si el tercer puesto que ocupó en la lista de elegibles conformada en la Convocatoria 1241 de 2019 le otorga el derecho a ser nombrada en un cargo igual o similar al de la OPEC 67261, mientras la lista siga vigente.

46. Al efecto, la Sala (3) demostrará que se cumplen los requisitos de procedencia de la solicitud de tutela, (4) expondrá las razones por las que las sentencias revisadas no se encuentran ajustadas a derecho y deben ser revocadas, y (5) decidirá el caso concreto.

3. Análisis de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

3.1. Legitimación en la causa de la parte activa

47. El artículo 86 superior establece que la acción de tutela es un mecanismo al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Por su parte, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 dispone que "La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante".

48. En este caso se cumple el requisito porque la señora Rojas Pérez actuó en nombre propio y es la persona que se considera vulnerada en su estabilidad laboral reforzada al ser desvinculada del cargo que desempeñaba sin tener en cuenta que tenía la calidad de prepensionada y al no haberse dado aplicación al artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 que le permitiría ocupar otro cargo de "auxiliar administrativo" de la Alcaldía por ser la siguiente en la lista de elegibles.

3.2. Legitimación en la causa en la parte pasiva

49. El mismo artículo 86 superior y los artículos 1º y 5 del Decreto Ley 2591 de 1991 establecen que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública e incluso contra particulares. Así, la legitimación por pasiva se entiende como la aptitud procesal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o la amenaza del derecho fundamental cuando alguna resulte demostrada.

3.3. Inmediatez

51. La acción de tutela es un mecanismo expedito que busca garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares. Así, uno de los requisitos para evaluar su procedencia es la inmediatez. Lo anterior significa que, si bien la tutela puede formularse en cualquier tiempo, su interposición debe hacerse dentro de un plazo razonable y proporcionado a partir del evento generador de la supuesta amenaza o violación de los derechos fundamentales so pena de que se determine su improcedencia.

52. En este caso se cumple con la exigencia de inmediatez porque la solicitud de tutela fue radicada para su trámite judicial el 12 de mayo de 2022, en contra de la decisión adoptada el 2 de mayo anterior que confirmó la desvinculación de la accionante, contenida en la Resolución 132 de 22 de marzo del mismo año, y que también negó la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 para que se nombrara a la accionante en un cargo equivalente a los ofrecidos en el proceso de selección de la Convocatoria 1241 de 2019 y que habría quedado en vacancia definitiva después de surtido el proceso. Contrario a lo sostenido en la impugnación del fallo de tutela por parte de la alcaldía de Tibasosa (Boyacá), el estudio del término razonable para presentar la solicitud de amparo no se debe contar, en este caso, desde la notificación de la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022, sino desde cuando se resolvió el recurso de reposición que la accionante presentó contra dicha decisión; es decir, desde el 2 de mayo de 2022, ya que en ese momento la accionante conoció la respuesta definitiva a su solicitud de vinculación al servicio público en aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

3.4. Subsidiariedad

53. De acuerdo con los artículos 86 superior y 6 del Decreto Ley 2591 de 1991, la acción de

tutela está revestida de un carácter subsidiario. El principio de subsidiariedad determina que dicho mecanismo de protección es procedente siempre que: (i) no exista otro medio de defensa judicial; (ii) aunque exista ese medio, este no es idóneo y eficaz en las condiciones del caso concreto; o (iii) es necesaria la intervención del juez constitucional para conjurar o evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

54. La accionante considera que su estabilidad laboral reforzada fue vulnerada cuando fue desvinculada del cargo que desempeñaba, en cumplimiento del artículo tercero de la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022.

55. En casos sobre estabilidad laboral reforzada, la Corte ha sostenido que, en el análisis del requisito de subsidiariedad, se debe tener en cuenta que, generalmente, están involucrados sujetos de especial protección constitucional. En el presente caso, como la controversia que se plantea gira en torno a la desvinculación de la accionante mediante un acto administrativo, se podría considerar que, en principio, la señora Rojas Pérez debió acudir a la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, según los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 respectivamente, solicitando, como medida cautelar, la suspensión provisional de la decisión.

56. Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido que la existencia de un medio de defensa judicial no significa la improcedencia automática o absoluta de la acción de tutela; ya que, para saber si la tutela es procedente, se debe estudiar la eficacia e idoneidad de aquellos, atendiendo a las circunstancias particulares del caso. Este criterio ha sido aplicado, por ejemplo, en casos en los que un funcionario nombrado en provisionalidad es desvinculado del cargo, pero alega ser beneficiario de la garantía de estabilidad laboral reforzada. Así se hizo en la sentencia T-246 de 2022:

“Esta Corte ha señalado que, en principio, la tutela no es procedente para controvertir actos administrativos por medio de los cuales se retira del servicio a un empleado público nombrado en provisionalidad, dado que se trata de controversias asignadas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ‘cuya estructura permite un amplio debate probatorio frente a las circunstancias que podrían implicar una actuación de la administración contraria al mandato de legalidad’. Específicamente, ha indicado que este tipo de asuntos debe ser controlado judicialmente acudiendo para ello al medio de control de nulidad y

restablecimiento del derecho.

No obstante, ha admitido que la tutela procede cuando tal mecanismo judicial ordinario no resulta idóneo ni eficaz, a la luz de las circunstancias del accionante, para proteger los derechos que se estiman vulnerados, tal como se deriva de lo dispuesto en los artículos 6.1 y 8 del Decreto 2591 de 1991." (énfasis añadido)

57. En el caso bajo estudio, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es eficaz para lograr el amparo solicitado por la accionante, pues no se observa vicio de nulidad de la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022, por medio de la cual se ordenó su desvinculación, ya que el acto administrativo tuvo como sustento la lista de elegibles conformada en el proceso de selección de la Convocatoria 1241 de 2019, es decir una causal objetiva suficiente conforme al artículo 125 constitucional. De esta manera, ese medio de control no es idóneo para la protección de la estabilidad laboral reforzada de la señora Rojas Pérez, en su calidad de prepensionada, ya que el acto administrativo en sí mismo no presenta, prima facie, vicio de nulidad. La solicitud de amparo, por el contrario, pretende que se respete una garantía a favor de la accionante, que es obligación de la administración pública-empleador, y que nace del hecho de que la funcionaria desvinculada está cerca de cumplir el requisito de semanas de cotización para obtener su pensión de vejez.

58. Según las causales de nulidad a las cuales se circunscriben esos medios de control, señaladas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, el análisis que se haría en la jurisdicción contencioso-administrativa estaría delimitado por los elementos de legalidad de la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022, sus fundamentos, motivaciones y propósitos, y no por las omisiones de la administración-empleador para garantizar la estabilidad laboral de la accionante, por fuera de esa actuación administrativa y con fundamento en los artículos 13 y 53 de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Se subraya que el asunto planteado en la solicitud de tutela trasciende el control de legalidad de la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022; control que, en todo caso, la accionante no pretende porque comprende que la Resolución se emitió conforme a derecho. De este modo, la señora Rojas Pérez no cuestiona la Convocatoria 1241 de 2019 ni la legalidad del nombramiento de la señora Diana María Sierra, quien obtuvo el segundo puesto de la lista de elegibles conformada en la Convocatoria 1241 de 2019. Las pretensiones de la solicitud de amparo se limitan a solicitar la protección de la estabilidad laboral reforzada que considera violentada al

negar el reintegro solicitado, teniendo en cuenta su calidad de prepensionada, o la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019. En suma, esos medios ordinarios no serían eficaces porque, en este caso, la desvinculación de la accionante obedeció a una razón objetiva y suficiente, como lo es el nombramiento de una persona que accedió a un cargo en virtud del mérito. Al respecto, la Corte en la sentencia T-246 de 2022 señaló:

"El medio de control no resulta idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales de la tutelante, dado que el asunto planteado trasciende la órbita del examen de legalidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo por el cual se dio por terminado su vínculo laboral. Si bien el medio de control de nulidad y restablecimiento permitiría reclamar el reintegro, el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir -desde el momento del retiro-, la vulneración de los derechos que alega la accionante no tiene como causa la ilegalidad de la actuación por medio de la cual se efectuó su desvinculación y se designó a la persona seleccionada para la prestación del servicio (…)." (énfasis añadido)

59. Por otro lado, en un proceso contencioso-administrativo el juez tendría limitaciones para restablecer el derecho de la accionante ya que, como se dijo, el nombramiento de la señora Diana María Sierra tuvo sustento constitucional y legal suficiente y, por lo tanto, no cabría declarar su nulidad ni, como medida de restablecimiento de la accionante, ordenar su reintegro al cargo que venía ocupando.

60. En consecuencia, la Sala encuentra cumplido el requisito de subsidiariedad.

4. Las decisiones revisadas no se encuentran ajustadas a Derecho

Revisión de la sentencia de segunda instancia

61. El Juzgado Promiscuo Civil del Circuito de Duitama decidió revocar la decisión de primera instancia y, en su lugar, "negar por improcedente" la tutela presentada por la señora Rojas Pérez.

62. No obstante haber concluido la improcedencia de la tutela por no cumplir el requisito de subsidiariedad, razón que ya fue desvirtuada en el acápite anterior, la sentencia de tutela de segunda instancia estudió de fondo el asunto y expuso tres argumentos para no acceder a

las pretensiones de la demanda: (i) existió una razón objetiva y legítima para la desvinculación de la accionante; (ii) la accionante no probó su calidad de madre cabeza de familia; y, (iii) el juez de tutela no tiene competencia para ordenar el reintegro de un servidor público, ya que esa función recae en el nominador del cargo. Los expuso así:

"La accionante fue retirada del cargo ya mencionado, a raíz del nombramiento de la señora DIANA MARÍA SIERRA ORTÍZ (…), quien superó el concurso de méritos proceso de selección N.º 1241 Territorial Boyacá, Cesar y Magdalena y es por lo anterior que no es posible acceder a la protección constitucional solicitada en el presente caso, pues al existir una razón objetiva y legítima para la desvinculación de la accionada, no es procedente la petición encaminada a mantener el empleo que ocupaba en provisionalidad o su reubicación laboral.

(…) En cuanto a lo ordenado por el a quo a la ALCALDIA MUNICIPAL DE TIBASOSA ORDENAR al MUNICIPIO DE TIBASOSA que (…) proceda a iniciar las gestiones necesarias para la reincorporación de la señora BLANCA ENAIDA ROJAS PÉREZ a un cargo vacante con funciones similares o equivalentes a las que desarrollaba la misma como Auxiliar Administrativo, código 407, grado 09 se tiene que, una orden de tal talente, no puede ser proferida por el Juez de tutela, por dos circunstancias específicas que se pasan a exponer.

En primer lugar, para que ello fuera procedente, se hace indispensable que, de manera previa, la accionante solicite al respectivo nominador, la ubicación en dicho lugar, con el objeto de que exista pronunciamiento sobre el particular. En este orden de ideas, no se evidencia del estudio del expediente, que la accionante haya puesto en conocimiento de la entidad su particular condición, como tampoco fue anexada la solicitud de traslado debido a dicha condición. Y, en segundo lugar, porque el nombramiento en el cargo referido, es un asunto que no (sic) compete al nominador, lo que implica que el Juez Constitucional no pueda atribuirse una función que no le compete;

(…) Ahora bien, observa el despacho que la señora BLANCA ENEIDA ROJAS PÉREZ, si bien alegó la condición de sujeto de especial de protección constitucional por su calidad de 'madre cabeza de familia', no allegó prueba alguna que así lo demostrara y de otra parte la Corte Constitucional en sentencia T-003 de 2018 ha establecido que por esa sola condición no existe un derecho fundamental a permanecer en el cargo por lo que, en principio, no se puede amparar por tutela y que dichas personas solamente pueden ser apartadas de un

empleo en provisionalidad i. por motivos disciplinarios, ii. porque se convoca a concurso para llenar la plaza de manera definitive (sic) (…)” (énfasis añadido)

63. La Sala comparte el primer argumento en tanto la Alcaldía de Tibasosa (Boyacá) sí adujo una razón objetiva y suficiente para desvincular a la accionante de su cargo, pues obedeció a la garantía del mérito que establece el artículo 125 de la Constitución. Lo anterior, empero, no impide que la accionante, como se verá más adelante, sea beneficiaria de la protección que impone la garantía de la estabilidad laboral reforzada por su calidad de prepensionada, la cual exige un trato preferencial en el trámite de su solicitud de nombramiento en un cargo igual o equivalente al que desempeñaba, siempre que haya disponibles en la planta de personal del Municipio de Tibasosa. Esa garantía constitucional tiene sus fundamentos en los artículos 13 y 53 de la Constitución.

64. Igualmente comparte la Sala el argumento con base en el cual no se puede garantizar la estabilidad laboral reforzada de la accionante en su condición de madre cabeza de familia, por no haber sido probada dentro del proceso.

65. Quienes tienen la condición de madres cabeza de familia gozan de la garantía de la estabilidad laboral reforzada en virtud del artículo 43 superior. Al respecto, la Corte en la sentencia SU-691 de 2017 afirmó:

66. Ahora bien, la estabilidad laboral reforzada en favor de las madres cabeza de familia no genera una protección absoluta que impida su desvinculación del servicio público. De existir razones objetivas de carácter constitucional o legal se puede dar su desvinculación. Así lo señaló la Corte en sentencia T-246 de 2022:

“Es por estas razones que la estabilidad laboral reforzada en favor de las personas prepensionadas y las mujeres cabeza de familia no constituya una protección absoluta ni automática. El Estado-empleador puede proceder al retiro del servicio con fundamento en razones objetivas previstas en la Constitución y en la ley, entre estas, la necesidad de proveer el cargo con el ganador de un concurso de méritos (…)” (énfasis añadido)

67. En todo caso, para que se garantice esa estabilidad a favor de las madres cabeza de familia, la jurisprudencia constitucional ha establecido unos requisitos para que se acredite tal calidad:

“(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”.

68. En el caso bajo estudio, la señora Rojas Pérez no acreditó ante el Municipio de Tibasosa (Boyacá), ni en el trámite del proceso de tutela, que tenga la calidad de madre de cabeza de familia, conclusión a la que también llegó el Juzgado Promiscuo Civil del Circuito de Duitama cuando revocó la sentencia de tutela de primera instancia. Si bien en el expediente aparece el registro civil de nacimiento de la hija de la accionante, esa no es prueba suficiente que acredite que la señora Rojas Pérez tiene a su cargo exclusivo la responsabilidad de cuidado y el sostenimiento económico de su hija, sin el apoyo del padre de la niña o de los demás miembros de su familia. Por lo anterior, la accionante no es objeto de esta protección especial al no estar probado que goza de esa calidad.

69. Sin embargo, contrario al tercer argumento desarrollado en la decisión de segunda instancia, la Sala considera que el juez constitucional sí tiene competencia para ordenar excepcionalmente el reintegro de un funcionario público que está protegido con estabilidad laboral reforzada.

70. La estabilidad laboral reforzada es una garantía de origen constitucional que se deriva de los artículos 13 y 53 de la Constitución, y busca proteger la igualdad y la estabilidad del empleo del trabajador. Esa garantía impone al Estado-empleador, en los casos de los servidores públicos, la obligación de tomar medidas para que el funcionario protegido sea el último en ser desvinculado, cuando se proveen cargos como resultado de un concurso de méritos y, si existen cargos vacantes similares o equivalentes al que venía ocupando la persona desvinculada, nombrarlo en alguno de esos cargos para lograr así la protección de su empleo.

71. De esta manera, el juez constitucional que conoce de una acción de tutela en la que se

solicita la protección de la estabilidad laboral reforzada de un servidor público, sí tiene competencia para ordenar la protección de los derechos fundamentales vulnerados de la persona afectada mediante su vinculación a un cargo similar o equivalente al que venía desempeñando siempre que sea posible. Dicha competencia está regulada en el artículo 23 del Decreto Ley 2591 de 1991, y ha sido analizada por la Corte Constitucional en varias decisiones.

72. En el caso bajo estudio, la señora Rojas Pérez solicitó su reintegro en el recurso de reposición que interpuso el 6 de abril de 2022 contra la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022. Sin embargo, el Municipio de Tibasosa (Boyacá) resolvió su solicitud de manera negativa. En consecuencia, presentó solicitud de tutela para obtener la protección de sus derechos fundamentales por considerar vulnerada la garantía a la estabilidad laboral reforzada en su calidad de prepensionada y madre cabeza de familia. Esa protección se traduce en un trato preferencial al momento de proveer cargos vacantes mediante la vinculación a un cargo similar al que desempeñaba, y por el tiempo necesario para cumplir con la cotización mínima de semanas para acceder a su pensión de vejez. Lo anterior se explicará con detalle en el capítulo siguiente y es el fundamento para que la Sala revoque el fallo de tutela de segunda instancia.

Revisión de la sentencia de primera instancia

73. El Juzgado Promiscuo Municipal de Tibasosa amparó los derechos de la señora Rojas Pérez en decisión de primera instancia proferida el 14 de junio de 2022.

74. En primer lugar, consideró que la acción de tutela era procedente como mecanismo transitorio para la protección de los derechos fundamentales de la accionante con el fin evitar un perjuicio irremediable.

75. En segundo lugar, al estudiar el fondo de la solicitud, encontró que el Municipio de Tibasosa (Boyacá) vulneró los derechos fundamentales de la accionante al abstenerse de proteger su estabilidad laboral reforzada mediante la vinculación a un cargo equivalente o similar al que venía desempeñando, a pesar de la existencia de cargos vacantes. Lo explicó así:

“Empero, si bien no se allegó una certificación sobre la existencia de otras vacantes en

cargos similares al que ocupaba la accionante, en los hechos de la acción la misma afirmó que con posterioridad a haberse abierto la convocatoria respectiva por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se produjo la vacancia de algunos otros cargos ante el reconocimiento pensional de las personas que los ocupaban, afirmación que no fue desvirtuada por la administración, pues lo único que hizo la Alcaldía fue indicar que como quiera que los nuevos cargos no habían sido ofertados en esta convocatoria, no resultaba procedente su provisión mediante la lista de elegibles de la convocatoria en mención.

Para el Despacho, si bien, los cargos respecto de los cuales se produjo la vacancia con posterioridad a la expedición de la Convocatoria N° 1241 de 2019, no fueron ofertados en la misma, pues la convocatoria se abrió para proveer dos cargos que ya fueron provistos con las dos primeras personas de la lista de elegibles, ello no constituye razón suficiente para negar a la accionante el derecho a desempeñarse en alguno de ellos, en primer lugar por cuanto la administración no adoptó medidas para evitar la desvinculación de la accionante pese a su condición de pre pensionada, y, en segundo lugar, por cuanto se tiene certeza que la accionante también superó el concurso de méritos para ese tipo de cargos, encontrándose en el tercer lugar de la lista de elegibles y por consiguiente, es la persona que sigue en turno para ocupar cualquier vacante que se pueda producir en la administración municipal para dicho cargo." . (énfasis añadido)

76. La Sala se aparta de los anteriores argumentos. Por un lado, para superar el requisito de subsidiariedad, el juez debió ahondar en la falta de idoneidad y eficacia de los medios de defensa ordinarios sin acudir a la eventual configuración de un perjuicio irremediable en tanto este argumento impuso mayores cargas a la accionante pues le exigía interponer las acciones ordinarias que, como ya se explicó, resultan inidóneas e ineficaces.

77. Por otro lado, no obra prueba en el expediente de la existencia de cargos vacantes que hubieran podido haberse ofrecido a la accionante, por lo que no se puede afirmar que el Municipio de Tibasosa se hubiera abstenido de adoptar las medidas necesarias para garantizar la alegada estabilidad laboral reforzada de la accionante. De hecho, el Municipio de Tibasosa aportó certificación fechada el 14 de febrero de 2023, emitida por la Jefe de Talento Humano de la alcaldía de Tibasosa (Boyacá), que señala que en marzo de 2022, cuando fue emitida la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022 por medio de la cual se

desvinculó a la señora Rojas Pérez de su cargo, no había cargos en vacancia definitiva dentro de la planta personal del municipio.

78. Por lo anterior, la sentencia proferida el 14 de junio de 2022 por Juzgado Promiscuo Municipal de Tibasosa también será revocada por carecer de fundamento.

79. Debido a que los fallos de tutela revisados deben ser revocados por las razones explicadas más arriba, procede la Sala a asumir la competencia del juez de instancia y a conocer el fondo del asunto para resolver el caso concreto. En consecuencia, se determinará si el municipio de Tibabosa (Boyacá), al desvincular a la accionante, vulneró (5.1.) el derecho a acceder a cargos públicos al abstenerse de aplicar el numeral 4 del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019; y (5.2.) la garantía de la estabilidad laboral reforzada en su calidad de prepensionada.

5. Solución del caso concreto: La alcaldía de Tibabosa está en la obligación de nombrar a la accionante, en período de prueba, en un cargo no ofrecido en la Convocatoria y que quede en vacancia definitiva, mientras siga vigente la lista de elegibles. De no ser posible, deberá vincular a la accionante en provisionalidad a un cargo similar o equivalente al que venía desempeñando, cuando surja una nueva vacancia definitiva, y durante el tiempo necesario para cumplir el número de semanas de cotización requeridas para acceder a la pensión de vejez

80. En la solicitud de tutela, la señora Rojas Pérez afirmó que la desvinculación del cargo que desempeñaba desconoció (i) que el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 establece que la lista de elegibles conformada luego de un proceso de selección puede ser usada para proveer vacancias definitivas de cargos equivalentes que no hicieron parte del proceso pero que surgen después de la convocatoria pública realizada; y (ii) que al momento de su desvinculación gozaba de estabilidad laboral reforzada por su calidad de prepensionada.

5.1. Aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019

81. El artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 establece:

“El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

‘Artículo 31. El proceso de selección comprende:

4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.'" (énfasis añadido)

82. De acuerdo con el artículo 7 de la misma normativa, esta disposición surte efectos a partir de su publicación el 27 de junio de 2019. Sin embargo, en las sentencias T-340 de 2020 y T-081 de 2021, la Corte explicó que su aplicación es retrospectiva por cuanto se aplica a situaciones de hecho que ocurrieron con anterioridad a su entrada en vigencia. Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019:

"(…) se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas. (…) Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un derecho subjetivo y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004" (énfasis añadido)

83. En el caso bajo análisis: la Convocatoria 1241 de 2019 se hizo el 14 de mayo de 2019, la Ley 1960 de 2019 fue publicada el 27 de junio de 2019 y la lista de elegibles de la convocatoria para la OPEC 67261 quedó en firme el 11 de marzo de 2022. Por consiguiente, el Municipio de Tibasosa (Boyacá) debe aplicar el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de

2004, en la forma como fue modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, y hacer uso de la lista de elegibles en la que la accionante se encuentra en el siguiente puesto, ya que las personas que ocupaban los dos primeros fueron debidamente nombradas. Lo anterior, porque su situación fáctica no se consolidó desde el punto de vista jurídico con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, ya que la lista de elegibles quedó en firme con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha Ley. Ello coincide con el complemento del Criterio Unificado de la CNSC, de 6 de agosto de 2020, sobre el "Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019", según el cual las listas de elegibles conformadas por esa entidad y aquellas que sean expedidas en el marco de procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán ser usadas durante su vigencia para proveer las vacantes de la OPEC y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos públicos. El concepto de "mismo empleo", según ese Criterio Unificado, hace referencia a cargos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, etc., a aquel de la OPEC.

84. Por lo anterior, el tercer lugar ocupado en la lista de elegibles de la Convocatoria 1241 de 2019, por parte de la señora Rojas Pérez, le otorgó una expectativa a ser nombrada en período de prueba en un cargo no ofrecido en la Convocatoria cuando haya una vacancia definitiva mientras siga vigente la lista de elegibles, y que el cargo sea igual o equivalente al ofrecido en la OPEC en la que participó. De no existir una vacante definitiva mientras la lista de elegibles siga vigente, la estabilidad laboral reforzada de la que goza la accionante en su calidad de prepensionada debe ser garantizada tal como se explica en el capítulo siguiente.

5.2. La protección a la estabilidad laboral reforzada de la que goza la señora Rojas Pérez en su calidad de prepensionada

5.2.1. La estabilidad laboral reforzada

85. La estabilidad laboral reforzada es una garantía de origen constitucional que se fundamenta en los artículos 13 y 53 de la Constitución, los cuales consagran el principio de igualdad y la obligación que tiene el Estado de velar por una igualdad real y material a favor de las personas que se encuentran en debilidad manifiesta, y la estabilidad en el empleo que se le debe proteger al trabajador o funcionario público. Esa garantía tiene como objetivo

impedir que el empleador, en el sector público o privado, abuse de sus facultades legales frente a la vinculación de una persona y, so pretexto de su ejercicio, cometa actos de discriminación que sobrepasen los límites que imponen los derechos fundamentales.

5.2.2. La estabilidad laboral reforzada de los prepensionados

86. De acuerdo con la sentencia SU-003 de 2018, son prepensionados las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los siguientes tres años) a cumplir el número de semanas -o tiempo de servicio- requeridos en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En esa decisión, la Corte unificó su jurisprudencia para determinar que los funcionarios de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada, y que no tiene la calidad de prepensionado el funcionario al que solamente le falta cumplir el requisito de la edad para obtener la pensión.

87. La calidad de prepensionado protege la expectativa de obtener la pensión de vejez ante la pérdida intempestiva de su empleo. Por lo anterior, la estabilidad laboral reforzada a favor del prepensionado ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al sistema general de seguridad social en pensiones para consolidar así los requisitos que le faltan para obtener la pensión de vejez, que deben corresponder a la cotización equivalente a tres años o menos (es decir a 154,44 semanas de cotización o menos, para el Régimen de Primera Media con Prestación Definida).

88. Ahora bien, esa garantía de estabilidad laboral reforzada a favor del prepensionado no otorga un fuero absoluto de protección que le impida a la entidad nominadora la desvinculación del servicio público, por razones objetivas tales como el desarrollo de un concurso de méritos. Al respecto, la Corte sostuvo en la sentencia SU-446 de 2011:

"(…) 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" (énfasis añadido)

89. No obstante, la estabilidad laboral reforzada del prepensionado genera la obligación de

trato preferencial que debe cumplir la entidad nominadora “en la medida de las posibilidades”. Esa obligación se concreta en: (i) tomar medidas para que esos servidores sean los últimos en ser desvinculados de sus cargos; y, (ii) si existen cargos en vacancia definitiva similares o equivalentes a los que venían ocupando, nombrarlos en esos cargos mientras se proveen a través del concurso de méritos y hasta que logren cumplir los requisitos para obtener su pensión de vejez. Al respecto, la Corte en la sentencia T-464 de 2019 sostuvo:

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

90. En estos términos, la Sala analizará el cumplimiento de la obligación de trato preferencial que se imponía a la entidad nominadora.

5.2.3. La estabilidad laboral reforzada de la señora Rojas Pérez por su calidad de prepensionada

91. Sobre la adopción de medidas para ser la última desvinculada: El Municipio de Tibasosa (Boyacá) informó que antes de iniciar la Convocatoria 1241 de 2019 reportó el cargo de la accionante a la CNSC para proveerlo por medio de concurso de méritos porque: (i) se encontraba en vacancia definitiva en los términos del artículo 2.2.5.3.1 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, razón reiterada por la CNSC; (ii) la señora Rojas Pérez no tenía en ese momento la calidad de prepensionada porque le faltaban más de tres años para lograr el derecho de pensión; y, (iii) la administración municipal nunca recibió comunicación de la accionante en la que manifestara que era prepensionada. Es decir, antes de emitir la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022, la administración municipal desconocía la calidad

de prepensionada que tenía la señora Rojas Pérez y, por esa razón, no tomó en cuenta esa condición para proceder al nombramiento de la señora Diana María Sierra en su cargo.

92. En todo caso, según certificación suscrita por la Jefe de Talento Humano del Municipio de Tibasosa (Boyacá) el 14 de febrero de 2023, al momento de ser proferida la Resolución 132 de 22 de marzo de 2022 por medio de la cual se desvinculó a la señora Rojas Pérez de su cargo, no había cargos en vacancia definitiva dentro de la planta personal del municipio. Así mismo, a 31 de mayo de 2022, los cuatro cargos de "auxiliar administrativo", código 407, grado 09, se encontraban ocupados por personas protegidas por estabilidad laboral reforzada: tres madres cabeza de familia, una de ellas prepensionada, y la funcionaria restante era cuidadora de una persona en situación discapacidad. En consecuencia, el Municipio de Tibasosa (Boyacá) tampoco habría podido tomar medidas para que la accionante fuera la última en ser desvinculada de su cargo teniendo en cuenta que no había vacancias definitivas en ese momento y que las demás personas que ocupaban cargos equivalentes gozaban de estabilidad laboral reforzada.

93. Sobre el nombramiento en cargos vacantes similares o equivalentes a los que venían ocupando, mientras se proveen a través del concurso de méritos y hasta que logre cumplir el requisito de cotizaciones o aportes para obtener su pensión de vejez: La Jefe de Talento Humano del Municipio de Tibasosa (Boyacá) certificó el 14 de febrero de 2023 que en la planta de personal del Municipio no hay cargos en vacancia definitiva. Concretamente, respecto de los cargos de "auxiliar administrativo", código 407, grado 9, tres estaban ocupados por funcionarios con derechos de carrera administrativa y los demás por funcionarios en provisionalidad. Sostuvo, en consecuencia, que en el Municipio de Tibasosa (Boyacá) no existía en ese momento la posibilidad de nombrar a la accionante en uno de esos cargos porque ya se encuentran provistos de manera definitiva o temporal.

94. La Sala encuentra justificación razonable en la anterior circunstancia y la imposibilidad de realizar la vinculación solicitada ante la inexistencia de vacancias definitivas. Sin embargo, la posibilidad de que la accionante pueda ser nombrada en un cargo similar al que venía desempeñando puede surgir con el transcurso del tiempo, después de notificada esta decisión judicial, razón por la cual la Sala ordenará la protección de su estabilidad laboral reforzada para que su solicitud de vinculación en provisionalidad a un cargo similar o equivalente al que venía desempeñando siga en orden de prioridad para cuando exista una

nueva vacancia definitiva, y ante la imposibilidad de ser nombrada en período de prueba en un cargo que no fue ofrecido en la Convocatoria y que esté en vacancia definitiva, mientras siga vigente la lista de elegibles. Esa vinculación, empero, deberá limitarse al tiempo necesario para lograr las semanas de cotización requeridas para obtener su pensión de vejez. En caso de que la accionante cumpla el número de semanas de cotización requerido antes de que surja una vacante para ser nombrada en provisionalidad en el Municipio de Tibasosa (Boyacá), no será necesaria la vinculación por cuanto ya se habría consolidado su derecho a la pensión de vejez.

6. Síntesis de la decisión

95. Al revisar los fallos proferidos dentro del proceso de tutela de la referencia, la Sala encuentra que carecen de fundamento y, en consecuencia, procede a revocarlos por las siguientes razones: La de segunda instancia, porque (i) sí se supera el requisito de subsidiariedad; (ii) a pesar de que la desvinculación se produjo por una razón objetiva y suficiente ello no habilita a desconocer la garantía el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la accionante en su calidad de prepensionada; y (iii) el juez constitucional sí tiene competencia para ordenar, en casos excepcionales, la vinculación de un funcionario público a un cargo igual o similar al que desempeñaba. La de primera instancia, porque el juez debió analizar la falta de idoneidad y eficacia de los medios de defensa ordinarios sin acudir a la eventual configuración de un perjuicio irremediable en tanto este argumento impone mayores cargas a la accionante pues le exige interponer las acciones ordinarias que, como ya se explicó, resultan inidóneas e ineficaces. También, porque en el expediente no obra prueba de la existencia de cargos vacantes que hubieran podido haberse ofrecido a la accionante, por lo que no se puede afirmar que el Municipio de Tibasosa se hubiera abstenido de adoptar las medidas necesarias para garantizar la alegada estabilidad laboral reforzada de la accionante.

96. Al asumir el estudio de fondo de la solicitud de tutela, encuentra la Sala que, en virtud de la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, el Municipio de Tibasosa (Boyacá) deberá nombrar a la señora Rojas Pérez en el cargo de “auxiliar administrativo”, código 407, grado 09, o en cargo equivalente, tan pronto exista una vacante definitiva mientras siga vigente la lista de elegibles de la OPEC 67261 de la Convocatoria 1241 de 2019 en la que participó. De no surgir vacante definitiva durante la vigencia de la lista, la entidad deberá vincular a la

accionante en un cargo similar o equivalente al que venía desempeñando cuando surja una nueva vacante definitiva, en virtud de la garantía a la estabilidad laboral reforzada en su calidad de prepensionada. De lograrse esta última vinculación, estará limitada al tiempo necesario para cumplir con el número de semanas de cotización necesarias para obtener su pensión de vejez.

. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR las sentencias de tutela proferidas el 31 de agosto de 2022 por el Juzgado Promiscuo Civil del Circuito de Duitama, y el 14 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tibasosa, por las razones expuestas en esta providencia y, en su lugar, AMPARAR la garantía a la estabilidad laboral reforzada de la accionante en su calidad de prepensionada.

SEGUNDO. ORDENAR al Municipio de Tibasosa (Boyacá) que, en aplicación de la Ley 1960 de 2019, nombre de manera inmediata en período de prueba a Blanca Enaida Rojas Pérez en el cargo de “auxiliar administrativo”, código 407, grado 09, o en cargo similar o equivalente, mientras esté vigente la lista de elegibles de la OPEC 67261 de la Convocatoria 1241 de 2019 y exista la respectiva vacante. En caso de que al momento de la notificación de esta decisión no exista dicha vacante, la entidad queda con la obligación de comunicar de manera inmediata a la señora Rojas Pérez cuando surja la vacante. Al efecto, deberá rendir ante el Juez de primera instancia un informe trimestral sobre los movimientos en la planta de personal mientras la lista de elegibles siga vigente.

TERCERO. En el evento en que no surja vacante para nombrar a Blanca Enaida Rojas Pérez durante la vigencia de la lista de elegibles de la OPEC 67261 de la Convocatoria 1241 de 2019, ORDENAR al Municipio de Tibasosa (Boyacá) su nombramiento en provisionalidad cuando haya una vacante definitiva en un cargo con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual y funciones que el de “auxiliar administrativo”, código 407, grado 9, situación que deberá ser comunicada por el Municipio a la interesada de manera

inmediata. Esa vinculación podrá limitarse al tiempo necesario para que la señora Rojas Pérez cumpla las semanas mínimas de cotización requeridas para obtener su pensión de vejez (1300 semanas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida). En caso de que la accionante cumpla con ese requisito antes de que surja una vacancia definitiva para su nombramiento en provisionalidad, el Municipio no estará obligado a realizar tal vinculación porque la garantía de estabilidad laboral reforzada a su favor no tendría efectos materiales ya que se habría consolidado su derecho a la pensión de vejez.

CUARTO. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento de voto

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

A LA SENTENCIA T-253/23

Referencia: Expediente T-9.041.640

Asunto: Acción de tutela instaurada por Blanca Enaida Rojas Pérez contra el Municipio de

Tibasosa (Boyacá).

Magistrado Ponente:

Antonio José Lizarazo Ocampo

Con el acostumbrado respeto a las decisiones adoptadas por la Sala Sexta de Revisión presento mi salvamento de voto frente a la sentencia de la referencia.

Concretamente, estimo que en este caso sí se configuró una violación del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la accionante, difiero de los argumentos del proyecto de sentencia y me aparto de la decisión adoptada por las razones que presento a continuación.

Considero que la sentencia no tuvo en cuenta que la protección de la estabilidad laboral reforzada de una persona surge es en el momento en que cumple los requisitos legales y jurisprudenciales para el efecto. En el caso resuelto en esta oportunidad, el análisis de esos requisitos habría llevado a la Sala a concluir que la protección de la estabilidad laboral reforzada de la accionante tenía fundamento en su calidad de prepensionada. En consecuencia, la Sala ha debido adoptar un remedio judicial idóneo para proteger de manera efectiva la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada derivado de la condición de prepensionada de manera que se le asegurara a la accionante permanecer en su cargo u otro similar para poder cumplir con las semanas de cotización que le faltaban para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

Asimismo, la Sala ha debido determinar con precisión el momento en que la accionante adquirió la condición de prepensionada y, así, verificar si el municipio nombró en provisionalidad a las señoras Andrea Yaneth Acevedo Pérez, Angélica María Ducon Acevedo, Gloria Stella Hurtado Molano y Liliana Amparo Porras, pese a que la accionante ya había cumplido con los requisitos para tener la calidad de prepensionada y, en consecuencia, la protección a la estabilidad laboral que se deriva de esta.

En estos términos dejo sentada mi posición.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Sentencia T-253 de 2023

Expediente T-9.041.640