

T-326-14

Sentencia T-326/14

ESTABILIDAD LABORAL INTERMEDIA DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD QUE DESEMPEÑAN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Reiteración de jurisprudencia

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

EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Requisitos para su desvinculación cuando goza de estabilidad relativa o intermedia

En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos (i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación.

ESTABILIDAD LABORAL DE PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Protección legal

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

PROVISION DE CARGOS DE LA LISTA DE ELEGIBLES PREVIO CONCURSO DE MERITOS Y LA PROTECCION ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD, MADRES Y

PADRES CABEZA DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS-Aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad ante la tensión entre estabilidad laboral reforzada de prepensionados y provisión de cargo de carrera mediante concurso

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO-Procedencia excepcional para solicitar el reintegro de servidores públicos por ser prepensionados

La jurisprudencia constitucional ha entendido que por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, la cual desplaza a la acción de tutela. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA Y PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Orden de reintegrar a la accionante por ser prepensionada y cabeza de familia

Referencia: expediente T-4207621

Acción de tutela presentada por Ana Isabel Velásquez Arias contra la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá y la Comisión Nacional de Servicio Civil

Magistrada ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., tres (3) de junio de dos mil catorce (2014)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María

Victoria Calle Correa y los Magistrados Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Primero Penal Municipal de Facatativá, Cundinamarca, el trece (13) de septiembre de dos mil trece (2013) y, en segunda instancia, por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Facatativá, Cundinamarca, el veinticinco (25) de octubre de dos mil trece (2013), dentro del proceso de tutela iniciado por la señora Ana Isabel Velásquez Arias contra la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá y, en razón de la vinculación oficiosa, la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC.

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Uno, mediante auto proferido el treinta (30) de enero de dos catorce (2014).

I. ANTECEDENTES

El dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013) la señora Ana Isabel Velásquez Arias, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital, que considera vulnerados por la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá al declararla insubsistente, a partir del veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013), en el cargo que venía desempeñando en provisionalidad como Auxiliar Área Salud - Código 412 - Grado 04.

En consecuencia, solicita que se ordene a la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, proceder a su reintegro en el cargo que venía ocupando, hasta que se profiera el acto administrativo que reconozca su pensión de jubilación, por tener la calidad de prepensionada[1].

La accionante fundamentó su solicitud de tutela en los siguientes hechos:

1.1. Ingresó a laborar al Hospital San Rafael de Facatativá el diecisiete (17) de marzo de mil novecientos setenta y nueve (1979) y cumplió a su servicio, el veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013), más de treinta y tres (33) años continuos sin interrupción[2].

1.2. Señala que inicialmente fue nombrada en el cargo de “empleada de diferentes servicios”[3]. En marzo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), fue designada en el cargo de “ayudante de farmacia del Hospital San Rafael de Facatativá”[4], y el primero (1) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998), tomó posesión en el cargo de “auxiliar droguería del Hospital San Rafael de Facatativá”, todo ello en provisionalidad[5].

1.3. Narra que es madre cabeza de familia puesto que los ingresos que percibe por su labor en el Hospital, sustentan su hogar y el estudio de su hijo menor de edad y el de su hija en la universidad[6], debido a que su esposo tiene una discapacidad[7].

1.4. Expresa que en la actualidad tiene cincuenta y cuatro (54) años cumplidos[8] y reúne los requisitos para pensionarse el veintiséis (26) de julio de dos mil catorce (2014)[9].

1.5. Indica que por acto administrativo No. 456 del veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013)[10], fue declarada insubsistente sin tener en cuenta que tiene la calidad de pre-pensionada y que el salario percibido por sus servicios en el Hospital constituye su sustento.

1.6. Explica que la Ley 790 de 2002 consagró el retén social, como figura que protege a las personas próximas a pensionarse, prohibiendo retirar a los servidores que acreditaran edad y tiempo de servicios para disfrutar su pensión de vejez o jubilación.

2. Respuesta de la E.S.E. Hospital de San Rafael de Facatativa

Mediante auto del dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013), el Juzgado Primero Penal Municipal de Facatativa, Cundinamarca, avocó el conocimiento de la acción de tutela, disponiendo correr traslado a la accionada E.S.E. Hospital de San Rafael de Facatativa y vincular a la Comisión Nacional del Servicio Civil[11], para que se pronuncie sobre los hechos de la petición.

El Gerente de la E.S.E. Hospital de San Rafael de Facatativa radicó escrito de respuesta ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Facatativá, el cuatro (04) de septiembre de dos mil trece (2013)[12], mediante el cual se opone a la petición de la señora Ana Isabel Velásquez Arias. En dicha contestación expone los siguientes hechos y consideraciones:

2.1. La E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, no le ha vulnerado a la accionante, ninguno

de los derechos fundamentales señalados en la tutela, y siempre ha obrado de acuerdo a sus facultades constitucionales y legales, y conforme con las directrices dadas por la CNSC, que es el ente competente en materia de carrera administrativa. Para justificar el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia, explica:

“[...] acogiendo lo señalado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE FACATATIVA, expide la Resolución 304 de junio 7 de 2012 (sic)[13], “POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA UNA INSUBSISTENCIA” y tal como se lee en la parte de los CONSIDERANDOS, La Comisión Nacional del servicio Civil comunica a la entidad que la lista de los elegibles se encontraba en firme a partir del once (11) de mayo de dos mil doce (2012); por lo que se hace imperativo para la Institución dar cumplimiento a lo establecido en la Ley 909 de 2004 y por ende se expide La Resolución ya aludida.

“4.- El procedimiento de selección llevado a cabo por la Comisión Nacional del Servicio Civil, de conformidad a lo estipulado por la Ley, debía ser observado estrictamente por los actores que participaran en el concurso.

“5.- El cargo ofertado fue declarado desierto por la Comisión Nacional del servicio Civil, mediante Resolución 454 de dos mil trece (2013).

“6.- La señora SANDRA MARIA OLAYA MORENO, interpuso acción de Tutela, ante el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA CIVIL, para que se le protegieran sus derechos fundamentales y en virtud de ella, la sala Civil, del Tribunal, ordena al presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se de respuesta a la accionante y en cumplimiento de la decisión, la CNSC, procede a emitir el oficio número 0-2013 EE 19257, fechado el cinco (5) de junio de dos mil trece (2013), en el que conforma y determina la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo No. 24027 denominado Auxiliar Área de Salud, código 412, Grado 4, cuyo concurso se declaró desierto mediante Resolución No. 454 de 2013. (sic) determinando como la persona elegible autorizada a la Señora SANDRA MARIA OLAYA MORENO, para ocupar la vacante en el empleo [descrito].

“Por lo que en este caso a la Administración de LA ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE FACATATIVA, le corresponde emitir los actos administrativos correspondientes para cumplir con los procedimientos señalados para la carrera Administrativa...”[14].

2.2. En relación con el argumento de la protección otorgada por el retén social, explica que la señora Ana Isabel Velásquez Arias no cumplía con los requisitos establecidos en el Decreto 3905 de 2009, pues la figura salvaguarda “a los empleados que estuvieran vinculados mediante nombramiento provisional antes del 24 de septiembre de 2004 y a quienes les faltaran tres (3) [años] o menos para causar el derecho a la pensión”[15], y a la accionante le faltaban más de cinco (5) años.

2.3. Por último, con fundamento en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela, debido a la existencia de otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa y, primordialmente, en cuanto no se evidencia ninguna vulneración a los derechos fundamentales de la señora Ana Isabel Velásquez Arias.

3. Respuesta de la Comisión Nacional del Servicio Civil

El Asesor Jurídico de la CNSC[16] presentó escrito de respuesta ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Facatativá[17], solicitando (i) declarar la improcedencia de la acción de tutela, por desconocer su naturaleza subsidiaria y residual, ya que la actora cuenta con otros mecanismos destinados a controvertir el acto administrativo por medio del cual fue desvinculada, como son la acción de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho, o (ii) denegar el amparo por inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales por parte de la CNSC.

En relación con esta última petición, expone los siguientes hechos y consideraciones:

3.1. El artículo transitorio de la Ley 909 de 2004, establece que durante el año siguiente a la conformación de la Comisión Nacional del Servicio Civil (8 de diciembre de 2004), deberá procederse a la convocatoria de concursos abiertos para cubrir los empleos de carrera administrativa que se encuentren provistos mediante nombramiento provisional o encargo, de las entidades a las cuales les es aplicable dicha normativa, entre ellas, la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá.

3.2. No obstante lo anterior, y a manera de excepción de la oferta de todos los empleos de carrera, recuerda que el Decreto 3905 de 2009 dispuso:

“Artículo 1º. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema de carrera general, de los sistemas específicos y especial del Sector Defensa, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de 2004 a cuyos titulares a la fecha de expedición del presente decreto les falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional...”.

3.4. Señala que la CNSC expidió el Acuerdo 121 de 2009, “[p]or medio del cual se establece el procedimiento a seguir para implementar lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009”, señalando las condiciones que deben cumplir los cargos a reportar y el procedimiento para reportar ante la CNSC los empleos vacantes en forma definitiva provistos de manera provisional con prepensionados.

3.5. Relata que el artículo 3 del Acuerdo 121 de 2009, dispuso que “[l]a verificación del cumplimiento de los requisitos, así como el reporte ante esta Comisión Nacional de los empleos que estén siendo desempeñados por servidores en condición de prepensionados, conforme a los términos señalados en el artículo 1º del presente acuerdo, será responsabilidad indelegable de los Representantes Legales de las entidades, quienes garantizarán el ejercicio del control social de acuerdo con el procedimiento que establezcan para tal fin”; y que para dar aplicación a lo estipulado, la CNSC dispuso un aplicativo Web para que las entidades hicieran el reporte exigido por el Decreto 3905 de 2009, el cual estuvo habilitado hasta el siete (7) de diciembre de dos mil nueve (2009), período posteriormente ampliado del cuatro (4) al dieciocho (18) de marzo de dos mil once (2011).

3.6. Expone que “era deber de los representantes legales de las entidades reportar a la CNSC en las fechas estipuladas para ello, los empleos y servidores provisionales que se encontraran en condición de pre-pensionados, no obstante dicho reporte debía estar precedido de la petición oportuna del interesado dirigida al representante de la entidad para que reconozca su condición, así como de la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos por el mencionado decreto”[18]. En este sentido, plantea que para consolidar la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC) la CNSC estableció en la Circular No. 054 de 2009, el deber de las entidades de reportar y actualizar la información en los

diferentes grupos[19].

3.7. Aclara que al verificar el aplicativo de reporte de prepensionados cobijados por el Decreto 3905 de 2009, “no se encontró registro alguno de que la señora ANA ISABEL VELASQUEZ ARIAS hubiese sido reportada por parte de la entidad”[20].

3.8. Explica que con el propósito de dar cumplimiento al fallo de tutela del veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013), proferido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, la Comisión procedió de oficio a realizar el estudio técnico para proveer una vacante del empleo 24027, denominado Auxiliar Área de Salud, código 412, grado 4, cuyo concurso se declaró desierto por medio de la Resolución No. 454 de dos mil trece (2013). Como resultado se verificó la viabilidad de hacer uso de la lista de elegibles con la señora Sandra María Olaya Moreno, aprobando dicha utilización con cobro[21], y así se lo comunicó a la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá mediante oficio 2013EE19257 del cinco (5) de junio de dos mil trece (2013), indicándole que “dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación, [debía] solicitar a la elegible, manifestara su interés de aceptación o rechazo frente a la posibilidad de ser nombrada en el empleo objeto de provisión”[22].

3.9. En tal sentido la E.S.E. envió a la CNSC el ofrecimiento a la elegible y el certificado de disponibilidad presupuestal. Con base en lo anterior, mediante oficio radicado 2013EE25167 del diecinueve (19) de julio de dos mil trece (2013), se remitieron los datos de la mencionada elegible para la notificación del nombramiento en periodo de prueba[23].

3.10. Dice que la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá tiene la obligación de proferir los respectivos actos administrativos de nombramiento en período de prueba y posesión de la elegible conforme con lo dispuesto en el artículo 44 del Decreto 1950 de 1973[24].

3.11. Finalmente, concluye que la CNSC no vulneró derecho fundamental alguno, por cuanto “los nombramientos [constituyen] una actividad que radica exclusivamente en la entidad nominadora”[25] (subrayas originales), en tal sentido, la Comisión no tiene la función de hacer nombramientos ni siquiera cuando se trata de quienes superaron un concurso de méritos.

4. Pruebas relevantes que obran en el expediente de tutela

De los documentos allegados al expediente la Sala destaca los siguientes:

4.1. Copia del Acta de posesión No. 019 del diecisiete (17) de marzo de mil novecientos setenta y nueve (1979), de la señora Ana Isabel Velásquez Arias en el cargo de “EMPLEADA DIFERENTES SERVICIOS” en el Hospital Regional “San Rafael” de Facatativá, con efectos fiscales a partir del diecisiete (17) de marzo de mil novecientos setenta y nueve (1979)[26].

4.2. Copia del Acta de posesión No. 042 del veintiséis (26) de marzo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), de la señora Ana Isabel Velásquez Arias en el cargo de “ayudante de Farmacia Nivel operativo Grupo 01” en el Hospital Regional San Rafael de Facatativá, con efectos fiscales a partir del primero (1) de marzo de mil novecientos ochenta y cinco (1985)[27].

4.3. Copia del Acta de posesión del primero (1) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998), de la señora Ana Isabel Velásquez Arias en el cargo de “Auxiliar Droguería, Código 5170, dependiente de Gerencia Operativa - Atención a las personas” en el Hospital Regional “San Rafael” de Facatativá, con efectos fiscales a partir del primero (1) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998)[28].

4.4. Copia parcial de la Resolución No. 0454 (sin fecha legible) “por la cual se declara desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la Convocatoria 001 de 2005”, en la que aparece el empleo 24027 denominado Auxiliar Área de salud, Código 412, Grado 4, código de prueba 163, de la E.S.E Hospital San Rafael de Facatativá[29].

4.5. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, del veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013), mediante la cual decide la acción de tutela con radicado T-11001-22-03-000-2013-00883-00, concediendo la protección constitucional invocada por la señora Sandra María Olaya Moreno, frente a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el sentido de ordenar “al presidente de dicha institución [...], proceda [...] a emitir una respuesta a la consulta que fue radicada por la ESE Hospital San Rafael de Facatativá en sus dependencias el 19 de diciembre del año anterior, la cual surgió con ocasión a una petición elevada por la actora. Además deberá comunicarla, informarla y/o

notificarla a los petentes de forma efectiva”[30].

4.6. Copia del oficio número 2013EE-19257 del cinco (5) de junio de dos mil trece (2013), dirigido por la CNSC al Gerente de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, mediante el cual se aprueba el uso de la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo No. 24027 denominado Auxiliar Área de Salud, Código 412, Grado 4, asociado a la prueba 163, declarado desierto mediante la Resolución No. 454 de dos mil trece (2013), con fundamento en el Decreto 1894 de 2012. En dicha comunicación se lee que “[p]ara el efecto, los datos de la elegible autorizada son: [...] SANDRA MARÍA OLAYA MORENO...”[31].

4.7. Copia del oficio 2013EE-25167 del diecinueve (19) de julio de dos mil trece (2013), en donde la Coordinadora de la Convocatoria 001 de dos mil cinco (2005) de la CNSC le comunica a la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá los datos de contacto para la notificación del nombramiento en período de prueba a la elegible Sandra María Olaya Moreno, para proveer una (1) vacante del empleo No. 24027 denominado Auxiliar Área de Salud, código 412, grado 4, asociado a la prueba No. 163, en cumplimiento de la autorización de uso de listas de elegibles emitida mediante comunicación 2013EE-19257 del cinco (5) de junio de dos mil trece (2013)[32].

4.8. Copia de la Resolución No. 456 del veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013) emanada de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Facatativá, por medio de la cual se declara insubsistente a la señora Ana Isabel Velásquez Arias, a partir del veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013), en el cargo que venía desempeñando en provisionalidad como Auxiliar Área de Salud, código 412, grado 04, en la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá[33]. En los considerandos se indica que mediante la Resolución 290 del veintinueve (29) de octubre de dos mil siete (2007) “en cumplimiento del proceso de asimilación establecido por el Decreto número 785 del 17 de marzo de 2005, el cargo que venía desempeñando la mencionada funcionaria quedó como Auxiliar Área Salud - Código 412 - Grado 04 en el cual se posesiona mediante acta de posesión con efectos fiscales a partir del diecisiete (17) de enero de dos mil ocho (2008)”.

4.9. Copia del oficio número 2013EE-26124 del veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013), dirigido por la Coordinadora de la Convocatoria 001 de 2005 de la CNSC al Gerente de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, mediante el cual se dan orientaciones

acerca de la forma de proceder con un funcionario pre-pensionado que se encuentra desempeñando un empleo en provisionalidad, al cual se le conformó lista de elegibles el trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012)[34].

4.10. Copia del certificado expedido por Colpensiones el veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013), en donde se informa que la señora Ana Isabel Velásquez Arias se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el seis (6) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), y su estado es activo cotizante, con el anexo del reporte de la historia laboral[35].

4.11. Acto de declaración con fines extraprocesales No. 5394 del treinta (30) de agosto de dos mil trece (2013), realizado en la Notaría Séptima del Círculo de Bogotá, en donde la señora Ana Isabel Velásquez Arias, declara: “[c]onvivo con mi esposo el señor JAIME LOPEZ SARMIENTO [...], de nuestra unión nacieron dos hijos de nombres JAIME ALEJANDRO LOPEZ VELASQUEZ DE 17 AÑOS DE EDAD Y MONICA CLEMENCIA LOPEZ VELASQUEZ DE 21 AÑOS DE EDAD (estudiante), menor y mayor quienes viven bajo mi mismo techo y dependen económicamente de mi, ya que mi esposo en la actualidad no trabaja por tener discapacidad y le impide laborar...”[36].

4.12. Comunicación RP-006 del diecisiete (17) de enero de dos mil (2000), dirigida por el Médico especialista de Salud Ocupacional de la E.P.S. Convida al Hospital San Rafael de Facatativá, en donde se solicita la reubicación laboral del señor Jaime López Sarmiento, por presentar “amputación del brazo derecho desde hace 28 años y [...] epicondilitis izquierda, bursitis subdeltoniana crónica y fibromialgias con compromiso del miembro superior único, sin mejoría con tratamiento instaurado por ortopedia, configurándose un Síndrome de Sobreuso”. Va anexa a la anterior comunicación el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., del dieciocho (18) de diciembre de dos mil uno (2001), en donde se indica un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 53.50%[37].

5. Decisión del juez de tutela de primera instancia

Con base en el material probatorio señalado, el Juzgado Primero Penal Municipal de Facatativá, Cundinamarca, mediante providencia del trece (13) de septiembre de dos mil trece (2013)[38], declaró procedente la acción de tutela instaurada por la señora Ana Isabel

Velásquez Arias, y tuteló sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social.

Para sustentar su decisión, tuvo en cuenta los siguientes argumentos y consideraciones:

5.1. Si bien la acción de tutela es un instrumento judicial que tiene carácter subsidiario y excepcional, en este caso es procedente “atendiendo la demora que implica someter a discusión un tema relacionado con la insubsistencia del cargo de una persona que está ad portas de pensionarse [lo que] eventualmente afectaría, atendiendo su edad, sus derechos fundamentales”[39].

5.2. A pesar que el trámite adelantado por la CNSC fue ajustado a la ley, en él se indican una serie de disposiciones legales sobre carrera administrativa que hablan de la protección de las personas que están ad portas de adquirir una pensión, entre ellas, la Ley 909 de 2004 y su Decreto reglamentario 3905 de 2009, además del Acuerdo 121 de 2009. Entonces, “si bien para la época en que se dio apertura al concurso a la accionante le faltaba más de tres años para acceder a la pensión, cuando la ley exigía tres o menos, obsérvese que la entidad (Hospital San Rafael) no previó circunstancias en que se pudiera (sic) ver inmersas personas con probabilidad de adquirir una pensión al momento de proveer las vacantes de la lista, omisión que conllevó a que la accionante quedara en una situación de debilidad manifiesta, dada su edad, el tiempo laborado y la proximidad o su estatus de pre pensionada...[40].

5.3. Concluyó que la señora Ana Isabel Velásquez Arias acredita su condición de prepensionada, razón por la cual, como sujeto de especial protección, debe garantizársele su nombramiento en provisionalidad hasta tanto reúna los requisitos para acceder a la pensión.

6. Impugnaciones

6.1. El diecinueve (19) de septiembre de dos mil trece (2013), el Gerente de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, impugnó la sentencia de tutela de primera instancia, peticionando revocar el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Facatativá, Cundinamarca, y, en consecuencia, declarar improcedente la acción de tutela[41]. Planteó como argumentos, (i) la imposibilidad de cumplir lo ordenado, debido a

que la planta de personal del Hospital no cuenta con un cargo disponible en el que se pueda ubicar a la tutelante, y en el cargo que ella ocupaba fue nombrada Sandra María Olaya Moreno, en cumplimiento de lo dispuesto por la CNSC. (ii) La planta de personal de la Institución no puede ser modificada por el Gerente motu proprio, sino que exige el cumplimiento de los requisitos fijados por el artículo 46 de la Ley 909 de 2004[42], además, la creación de un cargo implica que se tenga la necesidad del mismo y en el área asistencial, en la cual se encontraba vinculada la accionante, no se requiere. (iii) La decisión que toma el juez implica que se deba actuar en contravía de la normativa legal consagrada en el Decreto 3905 de 2009 y el Acuerdo 121 de 2009 de la CNSC, para la provisión de los empleos vacantes en forma definitiva que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional y el reconocimiento de la calidad de prepensionados de dicho personal, trámite este que debe iniciarse por petición de la parte interesada[43]. (iv) No es cierto que el Hospital desconozca la situación de prepensionada de Ana Isabel Velásquez Arias, pues de acuerdo a las normas que regulan lo referente a la carrera administrativa, “para la fecha señalada en el RETÉN SOCIAL, OCTUBRE DE 2009, la señora [...] NO ostentaba tal condición” [...]. (vi) Finalmente, la accionante cuenta con otros medios para pretender la nulidad del acto administrativo que determina su desvinculación del Hospital.

Con la respuesta se anexa un certificado del Departamento de Talento Humano de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, del dieciocho (18) de septiembre de dos mil trece (2013), en donde se lee: “Revisada la Planta de Personal de la ESE Hospital San Rafael de Facatativá no existe un cargo de igual o mayor jerarquía en el cual se pueda ubicar a la señora ANA ISABEL VELASQUEZ, quien en el momento de su desvinculación ocupaba el cargo de Auxiliar del área de Salud Código 412 Grado 04”[44].

6.2. El veintitrés (23) de septiembre de dos mil trece (2013), el Asesor Jurídico de la CNSC, impugnó la sentencia de tutela de primera instancia, solicitando revocar el fallo y, en su lugar, declarar improcedente la solicitud de amparo o despacharla negativamente, en tanto la CNSC no ha vulnerado los derechos fundamentales de la actora[45]. Además de reiterar los argumentos expuestos en la contestación, reforzó la petición de improcedencia de la acción de tutela dado su carácter subsidiario y excepcional, y por la inexistencia de un perjuicio irremediable.

6.3. Mediante auto del dos (2) de octubre de dos mil trece (2013), el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Facatativa, Cundinamarca, admitió la impugnación interpuesta por las entidades accionadas.

7. Decisión del juez de tutela de segunda instancia

El Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Facatativa, Cundinamarca, mediante providencia del veinticinco (25) de octubre de dos mil trece (2013), revocó en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Facatativá, Cundinamarca, el trece (13) de septiembre de dos mil trece (2013), declarando la improcedencia de la tutela, por no presentarse acción u omisión ni por parte de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, como tampoco por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que vulnera los derechos constitucionales invocados por la señora Ana Isabel Velásquez Arias.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

La señora Ana Isabel Velásquez Arias interpuso acción de tutela para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital, que considera vulnerados por la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá (en adelante el Hospital), al declararla insubsistente a partir del veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013) en el cargo que venía desempeñando en provisionalidad como Auxiliar Área Salud - Código 412 - Grado 04. En consecuencia, peticona que se ordene al Hospital proceder a su reintegro en el cargo que venía ocupando, hasta que se profiera el acto administrativo que reconozca su pensión de jubilación, teniendo en cuenta que tiene la calidad de prepensionada porque reúne los requisitos para pensionarse el veintiséis (26) de julio de dos mil catorce (2014), su salario constituye su única fuente de ingreso y es madre cabeza

de familia.

El Gerente del Hospital al proferir la Resolución No. 456 del veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013), por medio de la cual se declaró insubsistente a la señora Ana Isabel Velásquez Arias a partir del veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013), en el cargo de carrera que venía desempeñando en provisionalidad, afirmó que no le vulneró a la accionante derecho fundamental alguno, y que obró de acuerdo a sus facultades constitucionales y legales, y conforme con las directrices dadas por la CNSC, que es el ente competente en materia de carrera administrativa. En relación con el argumento de la protección otorgada por el retén social, explicó que la señora Ana Isabel no cumplía con los requisitos fijados en el Decreto 3905 del ocho (8) de octubre de dos mil nueve (2009), toda vez que para la época en que fue expedido el Decreto, le faltaban más de cinco (5) años para causar el derecho a la pensión de jubilación, y dicha norma exigía tres (3) años o menos.

La CNSC, vinculada al proceso por orden del juez de primera instancia, señaló que no vulneró derecho fundamental alguno al conformar la lista de elegibles para el cargo Auxiliar Área de Salud, código 412, grado 04, en la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, y aclaró que los nombramientos constituyen una actividad que radica exclusivamente en la entidad nominadora, en este caso, el Hospital San Rafael de Facatativá, quien tenía la obligación de proferir los respectivos actos administrativos de nombramiento en período de prueba y posesión de la elegible Sandra María Olaya Moreno, para ocupar la vacante en el empleo descrito, conforme con lo dispuesto en el artículo 44 del Decreto 1950 de 1973.

En consecuencia, el caso le plantea a la Sala el siguiente problema jurídico: ¿vulneran unas entidades (la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá y la Comisión Nacional del Servicio Civil) los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social y al mínimo vital de una persona (Ana Isabel Velásquez Arias), la primera, al declararla insubsistente en el cargo de carrera que venía desempeñando en provisionalidad y, la segunda, al acudir a la lista de elegibles para proveer dicho cargo, y designar a quien se encontraba en la segunda posición de tal lista para el empleo 24027, a pesar de que (i) quien lo ocupaba en provisionalidad tiene cincuenta y cuatro (54) años y reúne los requisitos para pensionarse el veintiséis (26) de julio de dos mil catorce (2014); (ii) su salario constituía su única fuente de ingresos, y (iii) tiene a su cargo a sus dos (2) hijos,

quienes se encuentran estudiando, debido a que su esposo presenta un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral total del 53.50%?

Para resolver el problema jurídico, se reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre (i) la estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa; (ii) la protección legal de las personas próximas a pensionarse en el marco del retén social: artículo 12 de la Ley 790 de 2002; (iii) la estabilidad laboral relativa en el marco del Decreto 3905 de 2009; (iv) la estabilidad laboral relativa en el marco de un concurso público de méritos: aplicación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y (v) la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que desvinculan a funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad.

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

La peticionaria es una ex funcionaria pública que desde mil novecientos setenta y nueve (1979) ingresó a trabajar al Hospital San Rafael de Facatativá, en donde, luego de ocupar varios cargos, fue nombrada como provisional en el empleo de carrera administrativa conocido como Auxiliar Área Salud - Código 412 - Grado 04. Por tal razón, la Sala Primera de Revisión hará una breve referencia al tema de la estabilidad laboral de las personas que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad.

3.1. La Constitución Política estableció en el artículo 125 el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional[46]. El propósito de tal previsión constitucional es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan a criterios reglados, y no a la discrecionalidad del nominador.

3.2. La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado

en provisionalidad. Por esta razón, la Corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales[47].

En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba, además de otros requisitos, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución[48].

Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad[49].

3.3. Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, funcionarios que están próximos a pensionarse o personas en situación de discapacidad, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”[50].

Si bien, estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa[51], antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de

méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP)[52].

3.4. En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011[53], esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación[54], gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación[55]. 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.

“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se

expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

“En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando” (negrillas originales).

3.5. Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos (i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación. En esta ocasión debe tenerse en cuenta, de un lado, que la señora Ana Isabel Velásquez Arias fue desvinculada del cargo de carrera en el cual estaba nombrada en provisionalidad, para posesionar a quien se encontraba ocupando la segunda posición en la lista de elegibles correspondiente al cargo Auxiliar Área Salud, código 412, grado 04, No. 24027[56]; de otro lado, que la accionante es una persona que goza de especial protección por tener la calidad de prepensionada y ser madre cabeza de familia.

4. La protección legal de las personas próximas a pensionarse en el marco del retén social: artículo 12 de la Ley 790 de 2002

4.1. Debe la Sala precisar la figura del retén social que establece la Ley 790 de 2002, en la que se creó a favor de los prepensionados un régimen de transición para evitar su desvinculación en razón de la proximidad de la adquisición del derecho, debido a las

afirmaciones realizadas en el proceso de tutela por la señora Ana Isabel Arias Velásquez, en el sentido de tener la calidad de prepensionada y ser beneficiaria del retén social[57].

4.2. En el marco de protección de los derechos de las personas próximas a pensionarse, el legislador promulgó 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”[58]. El objeto de esta ley fue renovar y modernizar la estructura de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con el fin de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado bajo unos parámetros de sostenibilidad financiera[59]. Para tal efecto, ordenó la fusión y la liquidación de distintas entidades en el contexto de lo que se denominó el Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAD), disponiendo, al mismo tiempo, medidas de protección a favor de personas que por sus condiciones particulares podían resultar especialmente afectadas por la desvinculación.

Dicha normativa, en su artículo 12, estableció un beneficio que cobijaba a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y aquellos servidores públicos que dentro de los tres (3) años siguientes contados a partir de la vigencia de la ley (27 de diciembre de 2002), cumplieran con la totalidad de los requisitos para disfrutar de la pensión de vejez o jubilación, toda vez que no podían ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública[60].

En este sentido, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 creó a favor de las personas próximas a pensionarse, un régimen de transición que pretendía evitar su desvinculación dada la proximidad de la adquisición del derecho, bajo el entendido de que las personas que en menos de tres (3) años adquirieran el derecho a pensionarse, configuraron una confianza legítima en que serían pensionadas a la luz del régimen al cual estaban vinculadas.

4.3. Posteriormente, se expidió la Ley 812 de 2003, “por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, que en el último inciso del literal D del artículo 8 modifica la protección conferida por la Ley 790 de 2002, disponiendo expresamente que los beneficios otorgados por dicha ley se aplicarían hasta el treinta y uno (31) de enero de dos mil cuatro (2004)[61], exceptuando a las personas próximas a

pensionarse, cuya garantía debía respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez[62].

Mediante la sentencia C-991 del doce (12) de octubre de dos mil cuatro (2004)[63], esta Corporación declaró la inexecutable del límite temporal establecido en la Ley 812 de 2003 por considerar, en primer lugar, que constituía un retroceso[64] respecto de lo estipulado por la Ley 790 de 2002, y, en segundo lugar, por ser violatorio del principio de igualdad, pues mientras que para la protección de las personas próximas a pensionarse no se había fijado ninguna restricción temporal, para las madres y los padres de familia sin alternativa económica y las personas en situación de discapacidad, dicho beneficio se aplicaría hasta el treinta y uno (31) de enero de dos mil cuatro (2004). En este fallo la Corte recogió la posición fijada en la sentencia T-792 del veintitrés (23) de agosto dos mil cuatro (2004)[65], mediante la cual se inaplicó la norma legal por violación del principio de igualdad constitucional[66] y, sobre esa base, retiró del ordenamiento jurídico la expresión “aplicarán hasta el 31 de enero de 2004”, con lo cual eliminó el límite temporal que perjudicaba a las madres y los padres cabeza de familia sin alternativa económica y las personas con limitación física, mental, visual o auditiva.

A partir de la fecha, la Corte consideró que el retén social no tenía límite temporal alguno, o mejor, que la especial protección prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 se entendía vigente durante todo el programa de renovación institucional, es decir, se prolongaba hasta la liquidación definitiva de la entidad o la culminación jurídica de la misma[67].

4.4. Ahora bien, frente a la situación de las personas a quienes les faltaba menos de tres (3) años para adquirir el derecho a la pensión y, específicamente en relación con la fecha en que debe empezar a contarse los tres (3) años señalados en la Ley 790 de 2002, se presentaron diversas interpretaciones[68]. No obstante, sobre este particular en la sentencia SU-897 de 2012[69], la Sala Plena definió el punto al señalar que “la Corte contará el período de tres años a partir del momento en que se determine la efectiva y real supresión del cargo, siendo este el momento determinante para la configuración o no de la garantía en cada caso concreto”[70].

4.5. Con base en lo afirmado, la Corporación concluyó que el Programa de Renovación de la

Administración y el retén social tienen una relación de causalidad y coetaneidad. Así, la primera condición para ser considerado prepensionado o “persona próxima a pensionarse”, es que la entidad donde labora se haya liquidado como consecuencia del PRAP[71].

4.6. Teniendo claridad acerca de la aplicabilidad de la figura del retén social, es importante explicar que la declaración de insubsistencia de la funcionaria Ana Isabel Velásquez Arias, en el cargo de carrera que venía ocupando en provisionalidad, no se dió en el marco de un proceso de reestructuración de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá realizado dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública, sino que fue por efecto de un concurso de méritos convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, con el propósito de proveer los cargos que estuvieran vacantes u ocupados en provisionalidad al interior de la Entidad. Sin embargo, ello no implica que la señora Ana Isabel no tenga derecho a la estabilidad laboral relativa de aquellos funcionarios provisionales que ostentan la condición de prepensionados.

Para entender la anterior afirmación, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia en la solución del problema jurídico materia del presente fallo. El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los prepensionados no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables[72]. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, no debe confundirse la estabilidad laboral de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública. En este sentido, se pronunció la Corte en la sentencia C-795 de 2009[73]:

“23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado[74] que dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece

la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos (sic) fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado”[75].

Como bien se indica en la sentencia T-186 de 2013[76], el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales implicados en la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse[77]. “En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y a la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos”[78], como se explica más adelante.

5. La estabilidad laboral relativa en el marco del Decreto 3905 de 2009

5.1. La estabilidad laboral relativa de los empleados nombrados en cargos de carrera en provisionalidad y que se acogieron al beneficio establecido en el Decreto 3905 del ocho (8) de octubre de dos mil nueve (2009), hace referencia a aquellos funcionarios que (i) fueron nombrados en tales empleos antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004) y (ii) a la fecha de la expedición del Decreto 3905 les falte tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, en cuyo caso (iii) sus puestos serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional[79].

5.2. El Presidente de la República expidió el Decreto 3905 de 2009, “por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa”, con el fin de otorgar una protección consistente en la permanencia en el empleo, en el marco de la realización de un concurso de méritos, a los funcionarios públicos que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad y se encuentran próximos a pensionarse. Esto, en aras de evitar la desvinculación del servicio de manera inmediata y sin consideración alguna de su condición de prepensionados.

Mediante el Acuerdo 121 de 2009, “por medio del cual se establece el procedimiento a seguir para implementar lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009”, se determinó en el artículo 1º que los jefes de los organismos o entidades deberán reportar a la CNSC, en virtud de lo previsto en el Decreto 3905, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación del referido Decreto, los empleos que se encuentren ocupados en las siguientes condiciones: (i) que se trate de un empleo vacante en forma definitiva que pertenezca al sistema de carrera general, a los sistemas específicos y al sistema especial del Sector Defensa; (ii) que esté siendo desempeñado con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004); (iii) que quien esté desempeñado dicho empleo en las anteriores condiciones, a la fecha de expedición del Decreto 3905 de 2009, esto es, ocho (8) de octubre, le falten tres (3) años o menos para causar su derecho a la pensión de jubilación, y (iv) entendiendo que se ha causado el derecho a la pensión cuando se cumpla con la totalidad de los requisitos, que conforme con las normas vigentes, le permitan al servidor solicitar su reconocimiento pensional.

El artículo 12 del Acuerdo en cita, consagra la condición suspensiva en que queda sometida la posibilidad de ofertar en un concurso de méritos un cargo ocupado en provisionalidad por un prepensionado: “Los empleos reportados ante la CNSC desempeñados por servidores provisionales en condición de prepensionados que cumplan con los requisitos establecidos en el Decreto 3905 de 2009, estarán sometidos a una condición suspensiva, en la medida en que sólo serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional”.

5.3. Como se observa, el Decreto 3905 y el Acuerdo 121, ambos de dos mil nueve (2009), tienen entre sus finalidades que aquellos empleos que se encuentren ocupados por funcionarios provisionales nombrados antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004) y que tengan la calidad de prepensionados, puedan ser identificados y excluidos del concurso de méritos por estar sometidos a una condición suspensiva, en la medida en que sólo serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional. Para ello, deberá seguirse el procedimiento previsto para reportar ante la CNSC los empleos vacantes en forma definitiva provistos de manera provisional con prepensionados, que señala el artículo 2 del Acuerdo 121: “El trámite sólo podrá iniciarse por solicitud del interesado ante el representante legal de la entidad donde se encuentre

vinculado el servidor, acompañando para tal fin la información necesaria para que la entidad pueda constatar su situación de prepensionado, de acuerdo con los términos establecidos en el Decreto 3905 de 2009”.

5.4. Lo expuesto pone de presente la relevancia constitucional de garantizar una protección especial en relación con la estabilidad en el empleo de las personas próximas a pensionarse, que se encuentren bien sea en el marco de un proceso de reestructuración del Estado, de liquidación de una entidad o de cualquier otra situación en la cual entren en tensión los derechos al mínimo vital, al trabajo, frente a la aplicación de disposiciones que impliquen el retiro del cargo, en aras de garantizar el disfrute de la pensión de vejez como manifestación del derecho a la seguridad social.

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

6.1. Un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese contexto entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica[80].

En la sentencia T-186 de 2013[81] se consideró que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. Al contrario, se planteó la necesidad de que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, que no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello enfatizó en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad de que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados, y (ii) la

obligación de que estas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante.

6.2. En cuanto a lo primero, la Corte ha insistido en que la interpretación mecánica y aislada de las normas de carrera administrativa no es acertada, porque puede llegar a afectar derechos constitucionales que a su vez tienen la misma fundamentación superior que el mérito como mecanismo para el acceso a los empleos del Estado. Esta interpretación razonable implica, necesariamente, que la autoridad debe incluir entre su análisis de la regla legal de la carrera administrativa, todas aquellas variables relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales del aspirante y de quien ejerce el cargo en condición de provisionalidad. Esto con el fin de evitar que una maximización de alguno de estos derechos permita llegar a resultados manifiestamente injustos, entre ellos los que significan la grave afectación de las posiciones jurídicas que la Constitución garantiza a los sujetos de especial protección. Al respecto, la sala Primera de Revisión consideró en la sentencia T-017 de 2012[82], para el caso particular de los prepensionados, las siguientes premisas útiles para resolver la tensión expuesta:

“Al dar cumplimiento a sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios, los servidores públicos siempre deben tener presentes los principios, valores, finalidades estatales y derechos humanos consagrados en la Carta Política, procurando adoptar decisiones y cumplir sus funciones de manera tal que se maximice en cada situación concreta el imperio y la vigencia de la Constitución, y se minimicen los impactos negativos sobre los derechos fundamentales. En este preciso sentido, en la sentencia T-715/99[83] la Corte explicó que en el cumplimiento de sus funciones, los servidores públicos deben siempre tener presentes las finalidades constitucionales de promover la vigencia de un orden justo, la primacía de los derechos fundamentales de la persona y el servicio a la comunidad, sin obrar en forma mecánica sino de manera razonable, ponderada, creativa y proactiva...

“[...]

“A este respecto cobra particular relevancia el principio de igualdad que rige el ejercicio de la función administrativa de conformidad con el artículo 209 de la Constitución. En

cumplimiento de este principio, los servidores públicos llamados a ejercer funciones administrativas -por ejemplo, proveer los cargos de carrera en sus respectivas instituciones- deben prestar cuidadosa atención a las características específicas y particulares de cada caso individual, en forma tal que cuando se hayan de adoptar decisiones susceptibles de afectar los derechos fundamentales se evite incurrir en discriminación, y se garantice la provisión de un trato diferenciado a quien por sus circunstancias particulares y sus derechos individuales así lo amerita legítimamente.

“También son de relevancia directa, en aplicación de esta pauta de comportamiento de los servidores públicos, las disposiciones constitucionales consagradas en los artículos 2 -asegurar la vigencia de un orden justo como uno de los fines esenciales del Estado-, 4 -prevalencia absoluta de la Constitución Política en tanto norma de normas- y 5 -primacía de los derechos inalienables de la persona- de la Constitución; son estos mandatos del constituyente los que deben guiar el cumplimiento de las funciones de los servidores públicos en cada decisión y cada actuación que adopten, para efectos de procurar, constantemente, el evitar resultados manifiestamente injustos, violar lo dispuesto en la letra o el espíritu de la Constitución Política, o desconocer la prevalencia imperativa de los derechos fundamentales.

“Lo anterior implica, en lo que resulta relevante para el caso bajo examen, que cuando una autoridad administrativa tiene a su disposición diversas alternativas para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones, debe optar por aquella que mejor materialice los derechos, valores y principios constitucionales, y que en menor grado afecte los derechos fundamentales, especialmente si afecta a sujetos de especial protección constitucional. Más concretamente, al tomar decisiones relativas a la provisión de cargos de carrera administrativa, las autoridades nominadoras deben obrar en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales en forma razonable, ponderada, y habiendo procurado no desconocer los derechos fundamentales de quienes se habrán de ver afectados por sus actos, para así no desencadenar resultados injustos que pueden ser evitados” (negritas fuera de texto).

6.3. La interpretación razonable de las normas sobre carrera administrativa, de conformidad con las posiciones expuestas, se funda en la evaluación de las diversas alternativas de decisión en cada caso concreto, de modo que se llegue a aquella opción que

mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales, entre ellos los relacionados con la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección y los que se predicen del aspirante que supera satisfactoriamente el concurso público de méritos.

En esta premisa se funda el segundo argumento que ha permitido a la Corte adelantar la ponderación entre derechos antes explicada. De tal modo, se ha considerado que la definición acerca del acceso del ganador del concurso de méritos al empleo público, que en todo caso es un derecho constitucionalmente prevalente, debe definirse de forma que consulte condiciones objetivas y no de manera aleatoria. Esto significa, en concreto, que en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada, particularmente porque se está ante la pluralidad de cargos, sin que todos ellos hayan sido provistos por el concurso, la autoridad administrativa estará obligada a preferir una solución razonable, basada en la protección simultánea de los derechos constitucionales del aspirante y del prepensionado[84].

6.4. A partir de las posiciones fijadas por diferentes salas de revisión de tutelas, se puede concluir que (i) la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preeminente de esa modalidad de provisión de cargos; (ii) sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse y, a su vez, concurre un margen de maniobra para la Administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles correspondiente[85], y (iii) una decisión en este sentido se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección.

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

7.2. De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de

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

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

7.3. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados. Sobre este punto ha dicho la Corte:

“[...] como regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante”[87].

En consecuencia, estima esta Sala que el presente caso debe examinarse en perspectiva del amparo definitivo de los derechos, pues se pretende evitar la solución de continuidad entre el retiro del servicio de la accionante y su inclusión en la nómina de pensionados, lo

que materialmente no podría lograrse en un proceso contencioso administrativo, teniendo en cuenta la duración del mismo. Sobre este aspecto señaló la Sala Novena de Revisión:

“Esa tesis se fundamenta en las siguientes premisas: el reconocimiento de un derecho pensional, de acuerdo con lo establecido por esta Corporación[88], debe darse en el término de 4 meses, y la inclusión en nómina de pensionados del interesado, en un término de 2 meses adicionales; de otra parte, según jurisprudencia constante de este Tribunal, la suspensión extendida en el pago de salarios, por más de dos meses, permite presumir la afectación al mínimo vital (SU-955 de 2000). En ese marco, para que el mecanismo judicial sea efectivo, debería asegurar una respuesta en el término de 2 a 3 meses o, en cualquier caso, en un término inferior a 6 meses.

“No hace falta recurrir a estadísticas relacionadas con el nivel de congestionamiento o la duración en promedio de un proceso judicial para asumir que difícilmente la respuesta al problema jurídico podría producirse en menos de 6 meses, pues esa situación puede considerarse un hecho notorio. Por lo tanto, en este escenario constitucional y, específicamente, si el propósito de la acción es evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de pensiones, los mecanismos judiciales alternativos (plausiblemente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho) carecen de efectividad suficiente para la protección de los derechos fundamentales amenazados”[89].

7.4. Si bien el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagra la posibilidad de que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, desde la misma demanda se solicite con la debida motivación, el decreto y práctica de medidas cautelares antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia[90]; por la novedad de esa jurisprudencia que apenas está formándose, pues todavía es muy reciente la norma[91], en la actualidad es difícil establecer con certeza el impacto y el grado de eficacia e idoneidad de dichos instrumentos judiciales para la protección de los derechos fundamentales de la accionante.

7.5. Por lo anterior, la tutela resulta procedente pues los derechos fundamentales de la

señora Ana Isabel Velásquez Arias requieren de una protección inmediata que no puede ser proporcionada a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que es un hecho notorio la prolongada duración de este tipo de procesos. En consecuencia, la señora Ana Isabel no cuenta con un mecanismo de defensa judicial idóneo para la protección de sus derechos fundamentales, que provea una protección eficaz, diferente a la acción de tutela.

8. Análisis del caso concreto

Con base en la información consignada en el apartado de precedentes, sumada a las pruebas obrantes en el expediente, la Sala concluye los siguientes supuestos fácticos:

8.1. La señora Ana Isabel Velásquez Arias, al momento de conformarse la lista de elegibles por parte de la CNSC en septiembre de dos mil doce (2012)[92], cumplía la condición de prepensionada[93] y madre cabeza de familia. En este sentido, el salario obtenido en el empleo público que desempeñaba servía de sustento para sí y sus dos (2) hijos, ambos estudiantes[94], toda vez que su esposo padece una discapacidad[95]. Estas circunstancias acreditan la inminencia de un perjuicio irremediable, en los términos explicados en el fundamento séptimo (7°) de esta sentencia, puesto que la accionante tiene gravemente afectado su derecho al mínimo vital ante la ausencia del ingreso económico que financia las necesidades materiales propias y de su núcleo familiar dependiente, razón que torna en inidóneo el mecanismo judicial contencioso administrativo, dirigido a cuestionar la Resolución No. 456 del veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013) emanada de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, por medio de la cual se declaró la insubsistencia de la tutelante a partir del veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013), al cargo que venía desempeñando en provisionalidad[96].

8.2. La accionante ingresó al Hospital Regional San Rafael de Facatativá a partir del diecisiete (17) de marzo de mil novecientos setenta y nueve (1979)[97] y se desempeñó en la entidad en tres (3) cargos, sin solución de continuidad, en el último de ellos, “Auxiliar Droguería, Código 5170, dependiente de Gerencia Operativa - Atención a las personas”, tomó posesión el primero (1) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998)[98]. Este empleo posteriormente fue asimilado al cargo “Auxiliar Área de Salud - Código 412 - Grado 04”[99], el cual hizo parte de los que fueron ofertados en la Convocatoria 001 de

2005[100], según la Resolución No. 0454 de 2013, “por la cual se declara desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la Convocatoria 001 de 2005”, en donde se incluye el cargo señalado y que se identifica con el número 24027[101]. En el concurso de méritos indicado, la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá ofertó dos (2) cargos: (i) Auxiliar administrativo, código 407, grado 08, No. 23991, y (ii) Auxiliar Área Salud, código 412, grado 04, No. 24027[102].

8.3. Luego de realizado el concurso público de méritos, fue conformada la lista de elegibles para el empleo 24027, mediante la Resolución No. 3093 del trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012) de la CNSC, en cuyo artículo segundo se lee: “Conformar la lista de elegibles para proveer (1) vacantes(s) del empleo señalado con el No. 24027, ofertadas en el Grupo II de la Convocatoria No. 001 de 2005”[103]. A continuación, se indica el nombre de los elegibles:

- Carlos Arturo Ovalle Fajardo (posición 1).
- Sandra María Olaya Moreno (posición 2).

En el artículo 7 de la Resolución en cita, se precisa que “[l]as listas de elegibles conformadas a través del presente acto administrativo tendrán una vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme a lo establecido en el numeral 4 del artículo 31° de la Ley 909 de 2004”[104].

La anterior lista cobró firmeza a partir del veinticinco (25) de octubre de dos mil doce (2012). La CNSC señaló como plazo máximo para realizar el nombramiento en período de prueba, el nueve (9) de noviembre de dos mil doce (2012)[105]. Pero la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá no hizo ninguna gestión para el uso de la lista de elegibles para el cargo 24027, denominado Auxiliar Área de Salud, código 412, grado 04, para la provisión de la vacante[106]. Solamente el diecinueve (19) de diciembre de dos mil doce (2012) elevó consulta a la CNSC, en el sentido de que le fuera comunicado “... si la Institución debe proceder a nombrar a la señora Olaya Moreno en el cargo de Auxiliar de Salud - Código 412 - Grado 04, teniendo en cuenta que la institución ofertó dos (2) cargos en la convocatoria 001 de 2005 y a la fecha se ha conformado la lista de elegibles para un (1) cargo. Si la respuesta es afirmativa (...) solicito igualmente la autorización para proveer dicha vacante con la elegible que ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles de la resolución 3093 del

13 de septiembre de 2012 con firmeza el 25 de octubre de 2012 de la CNSC...”[107].

Sin dar respuesta a la anterior solicitud, la CNSC emitió la Resolución No. 0454 del veintidós (22) de febrero de dos mil trece (2013), “por la cual se declara desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la Convocatoria 001 de 2005”, en la que aparece el empleo 24027 denominado Auxiliar Área de salud, Código 412, Grado 4, código de prueba 163, de la E.S.E Hospital San Rafael de Facatativá[108], relacionado en el artículo tercero de la Resolución indicada, que señala que se “[declara] desierto el concurso para las vacantes de empleos para los cuales concluyó el trámite consagrado en el artículo 20 del Decreto 1227 de 2005 [por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998] y las condiciones previstas en el artículo 30 del Decreto ibídem[109]...” (negritas originales).

En razón del silencio de las entidades, Sandra María Olaya Moreno interpuso una acción de tutela contra la CNSC y la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá. En el marco de dicha acción[110], el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, por medio de la sentencia del veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013), concede la protección constitucional invocada frente a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el sentido de ordenar “al presidente de dicha institución [...], proceda [...] a emitir una respuesta a la consulta que fue radicada por la ESE Hospital San Rafael de Facatativá en sus dependencias el 19 de diciembre del año anterior, la cual surgió con ocasión a una petición elevada por la actora...”[111].

A continuación, la CNSC dirige el oficio número 2013EE-19257 del cinco (5) de junio de dos mil trece (2013), al Gerente de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, mediante el cual se aprueba el uso de la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo No. 24027 denominado Auxiliar Área de Salud, Código 412, Grado 4, asociado a la prueba 163, declarado desierto mediante la Resolución No. 454 de 2013, con fundamento en el Decreto 1894 de 2012. En dicha comunicación se lee que “[p]ara el efecto, los datos de la elegible autorizada son: [...] SANDRA MARÍA OLAYA MORENO...”[112].

Y, mediante oficio 2013EE-25167 del diecinueve (19) de julio de dos mil trece (2013), la Coordinadora de la Convocatoria 001 de 2005 de la CNSC le comunica a la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá los datos de contacto para la notificación del nombramiento en

período de prueba a la elegible Sandra María Olaya Moreno, para proveer una (1) vacante del empleo No. 24027 denominado Auxiliar Área de Salud, código 412, grado 4, asociado a la prueba No. 163, en cumplimiento de la autorización del uso de la lista de elegibles emitida mediante comunicación 2013EE-19257 del cinco (5) de junio de dos mil trece (2013). En dicho documento, se lee: “Por lo anterior, a partir del recibo de la presente comunicación la entidad deberá efectuar los correspondientes actos administrativos de nombramiento en periodo de prueba y de posesión de la elegible, conforme a lo dispuesto por el Artículo 44° del Decreto 1950 de 1973, y proceder a efectuar la verificación de cumplimiento de requisitos mínimos, procedimiento para el cual la entidad deberá solicitar a la elegible la documentación respectiva, en concordancia con lo definido en los Artículos 49° y 50° Ibídem.”[113].

Lo que siguió fue (i) la declaratoria de insubsistencia de la señora Ana Isabel Velásquez Arias, a partir del veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013), al cargo que venía desempeñando en provisionalidad como Auxiliar Área de Salud, código 412, grado 04, en la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá[114], y (ii) el nombramiento de la señora Sandra María Olaya Moreno en el cargo anterior, según informa el Gerente del Hospital[115].

Debe señalarse que el Gerente de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, solicitó orientación a la CNSC “acerca del proceso a seguir con [la funcionaria Ana Isabel Velásquez Arias] que ostenta la calidad de prepensionado (sic) y que se encuentra desempeñando un cargo en provisionalidad al cual se le conformó lista de elegibles el 13 de septiembre de 2012, así como también con la persona que según el oficio No. 0-2013EE-19257 de fecha 5 de junio de 2013 debe ser nombrada en dicho cargo” (negritas fuera de texto). En respuesta 2013EE-26124 del veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013), la CNSC señala que “la única forma por la que se debió detener la oferta de un empleo de carrera dentro del concurso de méritos, es por la condición de pre-pensionado del empleado vinculado mediante nombramiento provisional y que cumpliera con los requisitos dispuestos en [el Decreto 3905 de 2009]. En este punto es importante resaltar que la Comisión suspenderá la oferta hasta el día en que el provisional cause su derecho pensional, es decir cumpla con los requisitos para solicitar el reconocimiento de su prestación”[116].

8.4. Está suficientemente probado que la tutelante tenía al momento de la conformación de lista de elegibles la condición de prepensionada, pues para el trece (13) de septiembre de

dos mil doce (2012), fecha en que se conformó la lista de elegibles, le faltaban menos de tres (3) años para obtener la pensión de jubilación[117]. Es importante tener presente que reúne los requisitos para pensionarse el veintiséis (26) de julio de dos mil catorce (2014)[118].

El carácter de prepensionada de la actora no surge del Decreto 3905 de 2009[119], toda vez que si bien (i) el cargo que ocupaba en provisionalidad correspondía a un empleo vacante en forma definitiva perteneciente al sistema de carrera general y (ii) era desempeñado por la señora Ana Isabel desde el primero (1º) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998), (iii) a la fecha de la expedición de la norma le faltaban más tres (3) años para causar su derecho a la pensión de jubilación. No, por ello, puede negarse su condición de prepensionada, pues como bien se explicó en el fundamento 4 de esta sentencia, la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y a la igualdad, frente a la puesta en marcha de herramientas jurídicas que lleven al retiro del empleo del funcionario que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, entre ellas el concurso público de méritos (ver acápite 6) en donde deben aplicarse criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Adicionalmente, las pruebas presentadas con la acción de tutela, que no fueron controvertidas por las entidades accionadas, demuestran que la señora Ana Isabel Velásquez Arias también tiene la condición de madre cabeza de familia, responsable económicamente de sus hijos.

8.6. La provisión definitiva de empleos de carrera tiene un estricto orden descendente según el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el artículo 1 del Decreto 1894 de 2012[120], de tal manera que se respeten los derechos de la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en la lista de elegibles para el cargo ofertado mediante convocatoria para la respectiva entidad. Lo cual es coherente con lo señalado en los artículos 9, 11 y 29 del Acuerdo 159 de 2011 de la CNSC, que reglamenta el uso de listas de elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles[121], en donde el estricto orden de mérito es un criterio determinante del derecho del elegible a ser nombrado, lo que resguarda los derechos de quien se encuentra en el primer orden de elegibilidad. Aspecto que también es tenido en cuenta para el uso de

empleos cuyos concursos han sido declarados desiertos, en donde deberá seguirse el orden de prioridad de que trata el Decreto 1894 de 2012[122].

En el caso concreto, está probado que la señora Sandra María Olaya Moreno ocupaba el segundo puesto en la lista de elegibles conformada para el empleo No. 24027 de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá. En el fallo de tutela a propósito del amparo solicitado en relación con un derecho de petición que la señora Olaya presentó, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en la sentencia del veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013)[123], tuteló el derecho a recibir una respuesta oportuna, independientemente del sentido de la misma, “a la consulta que fue radicada por la ESE Hospital San Rafael de Facatativá en sus dependencias el 19 de diciembre del año anterior, la cual surgió con ocasión a una petición elevada por la actora...”[124].

En cuanto a la designación de la señora Sandra María en el cargo para el cual concursó, la CNSC señaló que: “la señora Olaya Moreno no tiene un derecho adquirido como pretende hacerlo ver, si se tiene en cuenta que de conformidad con lo consagrado en el artículo 29 del Acuerdo 159 de 2011, para tal efecto se requiere, “Que se encuentre en el primer orden de exigibilidad (...) cumpla con los requisitos mínimos exigidos para el perfil del empleo a proveer [y] ... que la lista de elegibles de la que se hace parte se encuentre vigente...”, y habida cuenta [...] el primer requisito no lo cumple”[125].

La Corte ha sido clara en señalar que “aquél 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”[126]. Quien ocupa el segundo lugar tiene también el derecho a ser designado cuando son varios los empleos ofertados o siendo uno, en el evento de que la persona que ocupe el primer lugar en la lista, por ejemplo, no acepte por alguna razón el nombramiento.

8.7. Dadas las circunstancias expuestas en el presente caso, y teniendo en cuenta la condición de prepensionada y madre cabeza de familia de la señora Ana Isabel Velásquez Arias, la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, vulneró los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Ana Isabel Velásquez Arias, toda vez que si requería ocupar el cargo con la persona a quien correspondía en la lista de elegibles, debió respetar la situación de la actora, cuya condición

de prepensionada le otorgaba el derecho a no ser despedida hasta que reuniera los requisitos para jubilarse y, por ello, designarla en provisionalidad en un cargo vacante igual o similar al que venía desempeñando y que no hubiera sido ofertado en un concurso público de méritos, hasta tanto fuera incluida en la nómina de pensionados de Colpensiones.

8.8. En consecuencia, la Sala Primera de Decisión de la Corte Constitucional revocará la sentencia proferida dentro del presente proceso de tutela por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Facatativa, Cundinamarca, el veinticinco (25) de octubre de dos mil trece (2013), la cual revocó la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Facatativá, Cundinamarca, el trece (13) de septiembre de dos mil trece (2013), que tutelaba los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Ana Isabel Velásquez Arias.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo expedido por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Facatativa, Cundinamarca, el veinticinco (25) de octubre de dos mil trece (2013), mediante el cual se revocó la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Facatativá, Cundinamarca, el trece (13) de septiembre de dos mil trece (2013). En consecuencia, TUTELAR los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Ana Isabel Velásquez Arias, por la razones expuestas en esta sentencia.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS parcialmente la Resolución No. 456 del veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013) emanada de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Facatativá, en lo relativo a la declaratoria de insubsistencia de la señora Ana Isabel Velásquez Arias, a partir del veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013) y, en consecuencia, ORDENAR al Gerente de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, designar en provisionalidad a la señora Ana Isabel Velásquez Arias en un empleo vacante igual o similar al que venía desempeñando, hasta que sea incluida en la nómina de pensionados de

Colpensiones.

Tercero.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Folios 1 al 3 del cuaderno principal. En adelante, los folios que se refieran harán parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

[2] Folios 8 al 10 y 3 al 5.

[3] Folio 8.

[4] Folio 9

[5] Folio 10.

[6] A folio 29 obra el registro civil de nacimiento de Jaime Alejandro López Velásquez, con fecha de nacimiento del 11 de diciembre de 1995. A folios 6 y 7 aparecen el comprobante único de consignación No. 125830892 del 3 de julio de 2013, en la cuenta corriente del

Colegio Seminario, por concepto de pensión del mes de julio de 2013, por valor de Doscientos cuarenta y cuatro mil pesos m.l. (\$244.000), y la factura de pago de matrícula en la Universidad de Cundinamarca del 15 de julio de 2013, de Mónica Clemencia López Velásquez, por valor de quinientos ochenta y un mil quinientos m.l. (\$581.500).

[7] Folios 21 al 27 y 29. En los folios 24 al 26 aparece un Formulario de dictamen para calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., del 18 de diciembre de 2001, en donde se indica que el señor Jaime López Sarmiento presenta un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral total del 53.50%.

[8] A folio 10 aparece copia cédula de ciudadanía de la señora Ana Isabel, con fecha de nacimiento del veintiséis (26) de julio de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), y a folio 20 se observa copia de su registro civil de nacimiento.

[9] En el expediente obra copia del certificado expedido por Colpensiones el veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013), en donde se informa que la señora Ana Isabel Velásquez Arias se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el seis (6) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), y su estado es activo cotizante. Se anexa el reporte de semanas cotizadas en pensiones en el período enero de mil novecientos sesenta y siete (1967) hasta agosto de dos mil trece (2013) (folios 11 al 18).

[10] Folios 3 al 5.

[11] En adelante CNSC.

[12] Folios 35 al 42.

[13] Posiblemente se quiso hacer referencia a la Resolución No. 456 del veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013) "POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA UNA INSUBSISTENCIA", que es el acto administrativo que declara insubsistente a la señora Ana Isabel Velásquez Arias. Folios 3-5.

[14] Folios 37 al 39.

[15] Folio 36.

[16] Según lo acredita con copia de la Resolución No. 0529 del cuatro (4) de marzo de dos mil trece (2013) (folio 105).

[17] Folios 84 al 105.

[18] Folio 89.

[19] “Aquellas entidades que reporten empleos a la OPEC pero que con anterioridad al 7 de diciembre de 2009 no la actualicen en los aplicativos respectivos, se entenderá que dichos cargos no fueron cubiertos por el acto legislativo 001 de 2008 o no se encuentran en la condición del Decreto 3905 de 2009 y en consecuencia quedarán incluidos en el primer grupo y su oferta se realizará en un solo momento” (Ibídem). Se aclara que el Acto Legislativo No. 01 de 2008, “[p]or medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”, fue declarado inexecutable en su totalidad por la sentencia C-588 de 1999 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[20] Folio 89.

[22] Folio 90.

[23] Folios 100-101.

[24] Folio 90.

[25] Folio 91.

[26] Folio 8.

[27] Folio 9.

[28] Folio 10

[29] Folios 72-73. No obstante dicha Resolución, de fecha 22 de febrero de 2013, puede ser consultada en <http://www.cnsc.gov.co/docs/RESOLUCION0454DE2013.pdf> (abril de 2014).

[30] Folios 67 al 71.

[31] Folios 64 al 66. En consecuencia, continúa señalando el documento, “la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 32 del decreto 1227 de 2005, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la presente comunicación, deberá solicitar a la elegible, manifestar su interés de aceptación o rechazo frente a la posibilidad de ser nombrada en el empleo objeto de provisión, así como efectuar la verificación del cumplimiento de requisitos mínimos de la designada, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 49 y 50 del decreto No. 1950 de 1973, y en los artículos 4° y 5° de la Ley 190 de 1995”.

[32] Folios 100-101.

[33] Folios 3 al 5.

[34] Folios 80 al 83.

[35] Folios 11 al 18.

[36] Folio 21.

[37] Folios 22 al 27.

[38] Folios 106 al 129.

[39] Folio 118-119.

[40] Estimó que, no obstante, “aquellas personas vinculadas con las entidades en provisionalidad no gozan de un derecho absoluto para desempeñar esos cargos, pues se les pone en un plano de igualdad en cuanto pueden participar en el concurso de méritos para adquirir el cargo en propiedad, garantizándose así el derecho de quienes superaron cada una de las etapas del concurso, no es menos cierto que a H. Corte Constitucional ha protegido a aquellos que son sujetos de especial protección por parte del Estado, como lo son quienes ostentan la condición de cabeza de familia, discapacitados y pre pensionados, en el sentido de indicar que, antes de proveer un cargo de lista, la respectiva entidad debe buscar una solución “tendiente a no lesionar los derechos fundamentales” o, en el evento

de no haberse tomado ninguna medida, que es lo que sucede en el caso particular de la accionante, “deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su vinculación y al momento del posible nombramiento” (folios 120 al 125). Este argumento lo sustenta con apoyo en las sentencias T-017 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez y C-037 de 1996 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

[41] Folios 134 al 146.

[42] “Artículo 46. Reformas de plantas de personal. Modificado por el art. 228, Decreto Nacional 019 de 2012. Las reformas de planta de empleos de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, por la ESAP, o por firmas especializadas en la materia; estudios que deberán garantizar el mejoramiento organizacional.

“Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de las ramas ejecutivas del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública”.

[43] El artículo 5 del Acuerdo 121 de 2009, establece: “Petición por parte del interesado. El servidor público que considere cumplir con los requisitos señalados en el artículo 1º del presente acuerdo, solicitará el reconocimiento de su condición de prepensionado ante el Represente Legal de la entidad a la cual se encuentra vinculado, a través de una petición formal.

“PARÁGRAFO. Los Representantes Legales de las entidades no podrán iniciar de oficio el trámite de que trata el presente acuerdo”.

[44] Folio 141.

[45] Folios 142 al 149.

[46] La Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza

Martelo, SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Antonio Sierra Porto, Nilson Pinilla Pinilla y Mauricio González Cuervo) se pronunció acerca de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, "Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política". El actor en sus cargos señaló que el Congreso de la República se extralimitó al ejercer el poder de reforma constitucional, pues, en lugar de reformar la Carta, reemplazó uno de los ejes definitorios de la Constitución por otro opuesto o completamente diferente. Indicó el demandante que: "la supresión de la carrera, del mérito y del concurso por el ingreso automático previsto en el Acto Legislativo demandado, conduce a la libre disposición de los cargos en beneficio de quienes ingresaron provisionalmente y por la voluntad discrecional del correspondiente nominador, en detrimento del derecho de todos los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, todo lo cual, adicionalmente, resulta predicable de los sistemas especiales de carrera que, en consecuencia, también son objeto de desconocimiento". La Corte constitucional sostuvo que "la carrera administrativa es un principio del ordenamiento jurídico superior, que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, y en el instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría. [...] Es tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional, bajo el entendimiento de que los principios "suponen una delimitación política y axiológica", por cuya virtud se restringe "el espacio de interpretación", son "de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional" y tienen un alcance normativo que no consiste "en la enunciación de ideales", puesto que "su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser". Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que "en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional". Con base en las consideraciones realizadas en la presente sentencia, la Corte resolvió declarar INEXEQUIBLE, en su totalidad, el Acto Legislativo No. 01 de 2008, con efectos retroactivos y, "por tal razón, se reanudan los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieren sido suspendidos y carecen

de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que, con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2008, se hayan realizado”.

[47] Sin embargo, desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa) se estableció que “la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”. En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-660 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño) señaló que “la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en estimar que las garantías de estabilidad laboral propias de los empleos de carrera administrativa también resultan aplicables a quienes ejercen dichos cargos en condición de provisionalidad, puesto que este mecanismo de designación no tiene el efecto de transformar la naturaleza del cargo de carrera a de libre nombramiento y remoción. Por ende, el acto administrativo que retira del servicio a funcionarios de esta categoría no puede fundarse solamente en el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, como sucede para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, sino que tiene que motivarse. Esta misma doctrina también ha señalado que la falta de motivación del acto administrativo que desvincula a un servidor en provisionalidad constituye una vulneración del derecho al debido proceso. Ello debido a que la reserva de las razones que fundaron la separación del empleo pone en situación de indefensión al afectado, en la medida en que no podría controvertirlas ante la jurisdicción del contencioso administrativo”.

[48] El párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, establece que “[e]s reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado”.

[49] La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial consolidada sobre el

deber de motivación de los actos de desvinculación de los funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la cual fue sentada desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa). En esta providencia, la Corte conoció la acción de tutela interpuesta con ocasión de la desvinculación de una mujer madre cabeza de familia, que desempeñaba en provisionalidad el cargo de auxiliar de enfermería, el cual era de carrera. Esta Corporación confirmó las sentencias de instancia, mediante las cuales se ordenaba el reintegro de manera transitoria, mientras la jurisdicción de lo contencioso decidía sobre la legalidad del acto por medio del cual se dispuso su desvinculación. Para tal efecto, la Corte explicó que el derecho a permanecer en un cargo determinado no es fundamental, sin embargo consideró que por las particularidades del caso, procedía la acción de tutela para proteger otros derechos fundamentales a fin de evitar un perjuicio irremediable, pues con base en las circunstancias particulares de la peticionaria se vislumbraba que “la pérdida del trabajo [...] y su consiguiente vacancia, la enfrentaría, junto con su hijo, a un perjuicio irremediable que no podría ser corregido a tiempo, si no es porque la acción de tutela permite evitarlo”. Además, la Corte sostuvo por vez primera que “el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”. Esta postura ha permanecido inalterada como lo detalló la Corte en la SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio, SPV Nilson Pinilla Pinilla). En esta ocasión, la Corte Constitucional asumió el conocimiento de 24 expedientes de tutela, los cuales fueron acumulados luego de advertir la existencia de conexidad temática ya que todos los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, siendo desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieran sido motivados. Este Tribunal (i) reiteró la posición sentada por la Corte desde el año mil novecientos noventa y ocho (1998) referente a la falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, y (ii) resaltó la estrecha relación que guarda la exigencia de motivar los actos administrativo con importantes preceptos de orden constitucional como lo son el principio democrático, la cláusula del Estado de Derecho, el debido proceso y el principio de publicidad. La Sala Plena de la Corte Constitucional señaló en relación con el contenido de la motivación lo siguiente: “El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir

ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional. || Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuáles se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”...”. Concluyó que “respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión”. Entre otras, también pueden consultarse las sentencias T-289 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

[50] Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[51] En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011, en la cual se planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad (Fiscalía General de la Nación) tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

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

Silva).

[53] MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva. En esta ocasión correspondió a la Corte, entre otros asuntos, resolver dos interrogantes: i) si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y al debido proceso de quienes estaban en una situación de especial protección constitucional, al desvincularlos del cargo que ocupaban en provisionalidad, pese a su condición especial que obligaba a que se les brindara un trato preferente, cuando era posible desvincular a otros servidores en provisionalidad no sujetos a un trato preferente, y ii) determinar si la entidad demandada desconoció los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los demás provisionales -no sujetos de especial protección- al no señalar de antemano los criterios de selección de los cargos específicos que serían provistos con personas que superaron el concurso. Concluyó que “[e]n el caso de los provisionales que son sujetos de especial de (sic) protección, si bien la Corte no concederá la tutela porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010”.

[54] La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio (cita del texto).

[55] Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos (cita del texto).

[56] Información tomada de la Resolución No. 3093 del trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012), consultada en la página Web de la CNSC, en <http://www.cnsc.gov.co/docs/3093.pdf> (abril de 2014).

[57] En la sentencia C-795 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva. Unánime) se encuentran sistematizados los criterios y subreglas aplicables en materia de retén social. A su vez, diferentes salas de decisión de la Corporación se han referido en un conjunto amplio de providencias, a la estabilidad laboral de grupos vulnerables en procesos de reestructuración institucional del Estado, entre otras, en las sentencias SU-388 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández; SV Jaime Araujo Rentería), SU-389 de 2005 (MP Jaime Araujo Rentería; SV Jaime Araujo Rentería), T-206 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-486 de 2006 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-538 de 2006 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-556 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-570 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-646 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-971 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-338 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-1239 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-128 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-873 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo).

[58] La Ley 790 de 2002 fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-880 de 2003 (MsPs Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño).

[59] Artículo 1 de la Ley 790 de 2002.

[60] “ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley”. La expresión “las madres” subrayado fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1039 de 2003 (MP Alfredo Beltrán Sierra. Unánime), “en el entendido que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen”. El aparte en letra *itálica* fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-044 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería. Unánime) en el “entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen”. La expresión subrayada fue declarada exequible por la Corte

Constitucional mediante sentencia C-174 de 2004 (MP Álvaro Tafur Galvis. Unánime).

[61] Este límite temporal ya había sido consagrado por el artículo 16 del Decreto 190 de 2003, reglamentario de la Ley 790 de 2002.

[62] Artículo 8. “D. LA RENOVACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA. [...] Conforme con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, el reconocimiento económico previsto en el artículo 8º de la Ley 790 de 2002, se pagará durante un plazo no mayor de doce (12) meses; los programas de mejoramiento de competencias laborales de que trata el artículo 12 de la ley, así como la protección especial establecida en el artículo 12 de la misma, aplicarán hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez”. Texto subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-991 de 2004.

[63] MP Marco Gerardo Monroy Cabra. Unánime.

[64] En la sentencia C-038 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett; SV y AV Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño; SPV Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández), se establece que “[...] el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad”.

[65] M.P. Jaime Araujo Rentería. En esta ocasión la Sala Primera de Revisión se planteó el siguiente problema jurídico: “¿Si el retiro laboral unilateral de [una ciudadana] a partir del 31 de enero de 2004 realizado por la empresa Telecom, ha conculcado sus derechos fundamentales consagrados en los artículos 42, 43 y 44 de la Constitución Nacional? Lo anterior, por aplicación directa del artículo 16 del Decreto 190 de 2003 que limitó en el tiempo el llamado “retén social” previsto en el artículo 12 la Ley 790 de 2002, que impide el retiro del servicio en el Programa de Renovación de la Administración Pública de las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3)

años contados a partir de la promulgación de la presente ley”. Concluyó conceder la tutela de los derechos consagrados en los artículos 13, 42, 43 y 44 de la Constitución Política y ordenar a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom -en liquidación-, el reintegro a sus labores, como beneficiaria del “retén social”, hasta la terminación definitiva de la existencia jurídica de la empresa.

[66] Específicamente, señaló el fallo: “La Corte considera que el artículo 8, literal D de la Ley 812 de 2003 configuró una omisión legislativa al quebrantar el principio de igualdad al disponer que los beneficios contemplados en el título II de la Ley 790 de 2002 cobijarían únicamente a los empleados que se encuentren próximos a recibir la pensión de vejez o jubilación, excluyendo sin fundamento constitucional alguno a las madres cabeza de familia y a los discapacitados que gozan igualmente de una protección constitucional reforzada debido al alto grado de vulnerabilidad en que se encuentran.

“De acuerdo con la anterior jurisprudencia, se tiene que el legislador al excluir de los beneficios del “retén social” a las madres cabeza de familia y a los discapacitados y, al mismo tiempo, favorecer a los empleados próximos a pensionarse actuó por fuera de los mandatos impuestos por la Constitución, por una clara violación, como antes se argumentó del principio de igualdad consagrado constitucionalmente” (sentencia T-792 de 2004, MP Jaime Araujo Rentería).

[67] Así, por ejemplo, en la sentencia T-182 de 2005 (MP Álvaro Tafur Galvis), se sostuvo que “los beneficios comprendidos por el denominado retén social no tienen en la actualidad límite temporal alguno para su aplicación”. En la providencia T-1030 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), igualmente se planteó que “el límite temporal previsto en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003 y luego en el artículo 8º de la Ley 812 del mismo año fue retirado del ordenamiento, así que la especial protección antes mencionada se entiende vigente durante todo el programa de renovación institucional, como inicialmente fue aprobado por el Congreso en la Ley 790 de 2002”. En la sentencia T-646 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil) se determinó que “la especial protección prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 -interpretada a la luz de los mandatos constitucionales- se entiende vigente durante todo el programa de renovación institucional, por lo que, en el caso específico de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -Telecom- en liquidación, esta consideración implica que dicha protección tiene vigencia hasta la terminación definitiva de

su existencia jurídica”. En el fallo T-009 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) se concluyó que “es claro que la protección que las autoridades deben dar a las personas próximas a pensionarse debe extenderse durante todo el proceso de renovación de la entidad que ha sido objeto de liquidación o reestructuración dentro del plan de renovación de la administración nacional, tal como ha ocurrido con las madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica y las personas discapacitadas”. Sobre el tema también pueden verse, entre otras, las sentencias T-602 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-726 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[68] Las diferentes opciones interpretativas utilizadas por la jurisprudencia se analizan en la sentencia SU-897 de 2012 (MP Alexei Julio Estrada; AV María Victoria Calle Correa), en atención a que el término de tres (3) años es un elemento constitutivo esencial de la definición de prepensionado, sin el cual se afrontan serias dificultades de precisión argumentativa para construir el concepto.

[69] MP Alexei Julio Estrada; AV María Victoria Calle Correa.

[70] Se precisa que en la sentencia SU-897 de 2012 la Sala Plena de la Corte, en el marco del PRAP, estimó que la salvaguarda de las expectativas legítimas de las personas próximas a pensionarse que hacen parte del retén social, en entidades del Estado que se encuentren en proceso de liquidación, no era por conducto de la tutela de la estabilidad laboral, sino a través de la garantía del derecho a la seguridad social. El Pleno de la Corte consideró que en estos casos lo procedente es disponer el traslado de los aportes o cotizaciones faltantes para el reconocimiento de la pensión, por parte del empleador, más no el reintegro en el cargo.

[71] Ver al respecto también las sentencias C-991 de 1994 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-993 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-1045 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-1076 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-009 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-106 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería), T-338 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-1238 de 2008 (Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1239 de 2008 (Marco Gerardo Monroy Cabra), T-089 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-112 de 2009 (MP Clara Elena Reales Gutiérrez), T-128 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-034 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y SU-897 de 2012 (MP Alexei Julio Estrada; AV

María Victoria Calle Correa). Este último fallo señala “[l]a anterior conclusión no debe entenderse como un obstáculo para que, con base en criterios específicamente aplicables a otros casos, entidades del Estado que se liquiden por motivos diferentes al PRAP estén obligadas a desarrollar programas de protección social respecto de los trabajadores que se entiendan como destinatarios de especial protección dentro de nuestro Estado Social de Derecho. Esto por cuanto, programas de protección como el llamado “retén social” tienen fundamento en el principio de igualdad –artículo 13 de la Constitución– entendido en el contexto de justicia material e igualdad real que son axiales al mismo en un Estado social de derecho –artículo 1 de la Constitución–. Dicha protección de fundamento constitucional deberá ser desarrollada por normas con rango legal en armonía con los mandatos constitucionales que la inspiran, siendo posible que, de acuerdo a cada situación, se prevea una protección de distinto grado o diferente extensión”.

[72] Ver, entre otras, las sentencias C-044 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería. Unánime), T-768 de 2005 (MP Jaime Araujo Rentería), T-587 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), C-795 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-729 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[73] MP Luis Ernesto Vargas Silva.

[74] Sentencias C-184 de 2003, C-964 de 2003, C-044 de 2004, T-768 de 2005 y T-587 de 2008 (cita original de la sentencia).

[75] Igualmente la Sala Novena de Revisión, en la sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), señaló que “[e]l fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, la Corte desestima lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos (sic) que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública. En

contrario, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos...”.

[76] MP Luis Ernesto Vargas Silva.

[77] La Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-897 de 2012 (MP Alexei Julio Estrada) abordó de manera detallada la protección de los prepensionados como sujetos de especial protección constitucional, sosteniendo que el derecho a la pensión de vejez garantiza el goce efectivo del derecho a la seguridad social de aquellas personas que no pueden proveerse por sí mismos los medios de subsistencia. En palabras de la Corte: “la protección que se deriva del contenido del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y de la regulación legal existente no puede ser otra que lograr el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez por parte de los servidores próximos a pensionarse. En este sentido las órdenes que proferirá la Sala consistirán en que, cuando se compruebe la pertenencia a la categoría de prepensionados se garantice el pago de aportes a los sistemas pensionales hasta que se alcance el tiempo de cotización requerido para acceder a la pensión de jubilación. El sustento para esta decisión se encuentra en el contenido del derecho fundamental a la seguridad social, cuyo fundamento es el artículo 48 de la Constitución y, adicionalmente, se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. De la lectura de las normas mencionadas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo, de una enfermedad o incapacidad laboral o, en general, de cualquier otra causa que tenga el mismo efecto. En este sentido, el derecho a la pensión de jubilación o vejez, como manifestación del derecho fundamental a la seguridad social, busca garantizar que se reciba un auxilio económico en aquella etapa de la vida en que la edad de las personas les dificulta acceder a un sustento derivado de una relación laboral. Así, cuando el legislador crea una protección para aquellas

personas que están próximas a pensionarse, el sentido que tributa en mejor forma el contenido del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones es que dicha garantía logre efectivizar el acceso a la pensión a todas las personas que sean beneficiarias de dicha protección”.

[78] Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[80] Ver sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). En esta ocasión correspondió a la Sala Novena de Revisión resolver dos problemas jurídicos diferenciados: i) determinar si las medidas de estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos que son sujetos de especial protección constitucional, como sucede con aquellas personas próximas a pensionarse o las madres cabeza de familia, operan cuando la remoción de dichos servidores responde a los resultados del concurso público de méritos para el acceso al empleo que desempeñaban en provisionalidad, y, en caso afirmativo, ii) establecer si se vulneran los derechos constitucionales al mínimo vital, a la igualdad material y a la estabilidad laboral reforzada, cuando la Administración decide remover de su cargo al servidor público que ejerce el empleo en provisionalidad y que tiene la condición de sujeto de especial protección constitucional, en razón de los derechos de carrera administrativa de quien accede al empleo por concurso de méritos. Concluyó que “el Incoder actuó al margen de su deber constitucional de garantía de los derechos de la actora, en su condición de sujeto de especial protección constitucional, para privilegiar una interpretación literalista, y por ende desproporcionada, de las normas de carrera. Ello debido cuando, a pesar de tener la posibilidad fáctica y jurídica de garantizar el acceso al empleo público de todos los aspirantes que integraban la lista de elegibles y, simultáneamente conservar la estabilidad laboral de la ciudadana Orozco Lozano, decidió retirarla del cargo”. En consecuencia, confirmó la decisión de segunda instancia, que protegió los derechos fundamentales de la accionante.

[81] MP Luis Ernesto Vargas Silva.

[82] MP María Victoria Calle Correa. En esta ocasión correspondió a la Sala de Revisión resolver si la Coordinadora del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá y la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, vulneraron los derechos fundamentales de una persona a la estabilidad laboral, al debido proceso y al

mínimo vital, al haberla desvinculado del servicio en el cargo que venía desempeñando en provisionalidad, a pesar de que (i) al momento de su desvinculación existían noventa y seis (96) cargos de la misma naturaleza del que ocupaba en provisionalidad, no provistos en propiedad, como resultado del concurso de méritos, (ii) esta en trámite el reconocimiento de su pensión de jubilación, (iii) su salario constituye la única fuente de ingresos, y (iv) la actora tiene a su cargo a su madre anciana y a su hijo. Concluyó que “en virtud de principios como los de razonabilidad y proporcionalidad de los que no puede prescindirse en un Estado de Derecho, y en atención al carácter de fundamental del derecho al trabajo, no debió la entidad decidir cuáles empleados retirar del servicio, sin haber analizado la situación particular de cada uno, procurando proteger a personas en condiciones que teniendo en trámite su pensión, podían aspirar a que mientras se proveyeran todos los cargos, se reconociera la misma, para asegurarse una vida en condiciones mínimas de dignidad”, resolviendo tutelar los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, el debido proceso, y el mínimo vital de la señora Ana Julia Garzón Guerrero.

[83] MP Alejandro Martínez Caballero.

[84] Estas fueron las consideraciones plasmadas en la sentencia T-729 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), reiteradas en las sentencias T-017 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-289 de 2011 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez). En el primer fallo, se estudió el caso de un ciudadano que se desempeñaba en provisionalidad en el cargo de Delegado Departamental en la Registraduría Nacional del Estado Civil y quien había sido desvinculado del mismo porque el empleo que ocupaba fue provisto en propiedad mediante concurso público de méritos, a pesar de que con acompañamiento de la propia entidad, el funcionario había radicado la solicitud de pensión de jubilación ante Cajanal. La Corte constató que se conformó una lista de elegibles de cuarenta y tres (43) personas para la provisión de sesenta y cuatro (64) cargos de Delegados Departamentales que habían sido ofertados a través del concurso de méritos, por lo que al no haberse proveído en propiedad todos los empleos, la Administración no podía decidir al azar qué personas iban a ser removidas, ni tampoco desvincular a todas las personas que se encontraran en provisionalidad, pues debía considerar las circunstancias particulares de cada caso, como el del accionante, quien por tener en trámite su solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación hacía parte de un grupo vulnerable, en tanto la desvinculación de su trabajo podía implicar la solución de continuidad entre los ingresos

recibidos como contraprestación al trabajo y el goce efectivo de sus mesadas pensionales. En las sentencias recién citadas, T-729 de 2010, T-017 de 2012 y T-289 de 2011, las salas de decisión concedieron la protección de los derechos fundamentales de personas próximas a pensionarse que ejercían cargos en provisionalidad y que, en virtud de la provisión del empleo por concurso público de méritos, fueron retirados de sus cargos. En cada uno de estos eventos, se concluyó que si bien el acceso al empleo mediante concurso está ordenado por la Constitución y guarda perfecta consonancia con los fundamentos del Estado social y democrático de Derecho, las normas de carrera debían interpretarse de forma razonable y proporcionada, de cara a la protección de los derechos fundamentales de los prepensionados, máxime cuando se evidenciaba que la Administración tenía un margen de maniobra en la asignación de cargos, debido a su pluralidad, en donde la exclusión de los accionantes de sus empleos, si bien era una medida constitucionalmente justificada, no era necesaria.

[85] Esta alternativa no le es ajena al legislador, ya que en el párrafo 2° del artículo 1 del Decreto 1894 de 2012, señaló: “Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por: || 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad. || 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. || 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. || 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical”.

[86] Sentencia T-012 de 2009 (MP Rodrigo Escobar Gil).

[87] Sentencia T-016 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo)

[88] Cfr. SU-975 de 2003 (cita original).

[89] Sentencia T-729 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[90] “Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos

que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. || La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento...”.

“Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

“1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

“2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

“3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

“4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

“5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

[91] El artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, determinó como fecha a partir de la cual comenzó a regir el Código el dos (2) de julio del año dos mil doce (2012).

[92] En la Resolución No. 456 del veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013), “por medio de la cual se declara una insubsistencia”, en el considerando seis aparece que “[m]ediante Resolución número 3093 de fecha trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012) se

conforma la lista de elegibles para proveer un empleo de carrera de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, convocado a través de la Aplicación IV de la Convocatoria No. 001 de dos mil cinco (2005) para proveer un (1) cargo de Auxiliar Área de Salud – Código 412 – grado 04” (folio 4).

[93] Calidad que el mismo Gerente de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, reconoce cuando solicita orientación a la CNSC “acerca del proceso a seguir con [la funcionaria Ana Isabel Velásquez Arias] que ostenta la calidad de prepensionado (sic) y que se encuentra desempeñando un empleo en provisionalidad...” (folios 80 al 83).

[94] A folio 29 obra el registro civil de nacimiento de Jaime Alejandro López Velásquez, con fecha de nacimiento del once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), quien en la actualidad adelanta estudios en la Fundación Universitaria del Área Andina. Por solicitud que se le hiciera a la señora Ana Isabel, envió por medio de correo electrónico el recibo de pago de la matrícula universitaria de su hijo Jaime Alejandro, impresa el cinco (5) de noviembre de dos mil trece (2013), por valor de Un millón ochenta mil pesos m.l. (\$1.080.000) (folio 12 del cuaderno de revisión). Igualmente, adjuntó el registro civil de nacimiento de Mónica Clemencia López Velásquez, con fecha de nacimiento del veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992) (folios 13 del expediente de revisión, reverso) y la liquidación de matrícula de la Universidad de Cundinamarca, con sello de pago del ocho (8) de enero de dos mil catorce (2014), por valor de Quinientos ochenta y un mil quinientos pesos m.l. (\$581.500) (folio 12 del cuaderno de revisión, reverso).

[95] La señora Ana Isabel envió mediante correo electrónico el registro civil de matrimonio en donde consta como fecha de celebración el veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992) (folio 13 del cuaderno de revisión). En los folios 24 al 26 aparece un Formulario de dictamen para calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., del dieciocho (18) de diciembre de dos mil uno (2001), en donde se indica que el señor Jaime López Sarmiento presenta un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral total del 53.50%.

[96] Folios 3 al 5.

[97] Folio 8.

[98] Folio 10.

[99] En el considerando cinco de la Resolución No. 456 del veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013), se indica que mediante la Resolución 290 del veintinueve (29) de octubre de dos mil siete (2007) “en cumplimiento del proceso de asimilación establecido por el Decreto número 785 del diecisiete (17) de marzo de dos mil cinco (2005), el cargo que venía desempeñando la mencionada funcionaria quedó como Auxiliar Área Salud - Código 412 - Grado 04 en el cual se posesiona mediante acta de posesión con efectos fiscales a partir del diecisiete (17) de enero de dos mil ocho (2008)” (folios 3 al 5).

[100] Las bases generales de la convocatoria pueden ser consultadas en la Resolución No. 171 de 2005 “por la cual se convoca al proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos los empleos de carrera administrativa de las Entidades y Organismos de los órdenes Nacional y Territorial regidas por la Ley 909 de 2004, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa”, modificada parcialmente por la Resolución de la CNSC 131 de 2008, que puede ser consultada en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=18723> (abril de 2014).

[101] A folios 72-73 aparece copia parcial de la Resolución, pero la misma puede consultarse en su integridad en la página de la CNSC, en <http://www.cnsc.gov.co/docs/RESOLUCION0454DE2013.pdf> (abril de 2014).

[102] Información tomada de la Resolución No. 3093 del trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012), consultada en la página Web de la CNSC, en <http://www.cnsc.gov.co/docs/3093.pdf> (abril de 2014).

[103] Ver Resolución 3093 de 2012. *Ibídem*.

[104] *Ibídem*.

[105] Ver información en la página Web de la CNSC, en <http://www.cnsc.gov.co/docs/EmpleoscuyasListasdeElegiblesquedanenFirmeapartirdel25deoctubrede2012.pdf> (abril de 2014).

[107] Tomado de la sentencia del veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013), emanada de la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., anteriormente

referida.

[108] La Resolución puede ser consultada en <http://www.cnsc.gov.co/docs/RESOLUCION0454DE2013.pdf> (abril de 2014). En la hoja 61 del enunciado acto administrativo aparece el empleo 24027, AUXILIAR ÁREA DE SALUD, código 412, grado 4, asociado a la prueba 163, una vacante a declarar desierta, de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá.

[109] Decreto 1227 de 2005: “Artículo 20. Cuando en los concursos no se inscriban candidatos o ninguno de los inscritos acredite los requisitos, deberá ampliarse el plazo de inscripciones por un término igual al inicialmente previsto y el correspondiente aviso deberá publicarse y divulgarse de acuerdo con lo establecido en el presente decreto. Si agotado el procedimiento anterior no se inscribiere ningún aspirante, el concurso se declarará desierto por la Comisión Nacional del Servicio Civil, caso en el cual se convocará un nuevo concurso”.

“Artículo 30. Los concursos deberán ser declarados desiertos por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante resolución motivada, en los siguientes casos: || 30.1. Cuando no se hubiere inscrito ningún aspirante o ninguno hubiere acreditado los requisitos, o || 30.2. Cuando ningún concursante haya superado la totalidad de las pruebas eliminatorias o no haya alcanzado el puntaje mínimo total determinado para superarlo. || Parágrafo. Declarado desierto un concurso se deberá convocar nuevamente dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes, si revisado el orden de prioridad para la provisión de empleos de que trata el artículo 7° del presente decreto, se concluye que esta continúa siendo la forma de proceder”.

[110] Radicado T-11001-22-03-000-2013-00883-00.

[111] Folios 67 al 71.

[112] Folios 64 al 66.

[113] Folios 100 al 101.

[114] Resolución No. 456 del veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013) emanada de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá (folios 3 al 5).

[115] Ver escrito de impugnación (folio 139). Igualmente, obra a folio 16 del cuaderno de revisión el certificado expedido por la Oficina de Talento Humano de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá, en donde se indica que la señora Sandra María Olaya Moreno labora en dicha Empresa como personal de planta desde el veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013) desempeñando el cargo de “Auxiliar Área de salud - Código 412 - Grado 04”.

[116] Folios 80 al 83. Igualmente, resalta que “las autorizaciones proferidas por la CNSC son órdenes de obligatorio cumplimiento que están reconociendo los principios de mérito de los elegibles y, por ende, quienes se abstengan de ello, estarían infringiendo flagrantemente las normas que regulan el régimen general de carrera administrativa, lo cual, es motivo de sanción por parte de esta Comisión Nacional”.

[117] Esta subregla se toma de la sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), ampliamente referida. En esta oportunidad la Sala Novena de Revisión planteó que “[e]stá suficientemente probado que la actora tenía al momento de la conformación de lista de elegibles la condición de prepensionada, pues para mayo de dos mil doce (2012) le faltaban menos de tres (3) años para obtener la pensión de jubilación, merced que manifiesta ser acreedora del régimen de transición. Adicionalmente, las pruebas presentadas con la acción de tutela, que no fueron controvertidas por la entidad accionada, demuestran que la ciudadana Orozco Lozano también tiene la condición de madre cabeza de familia, responsable económicamente de sus hijos, una de ellas con condiciones graves de salud”.

[118] Esta afirmación es realizada por la accionante en su demanda de tutela (folio 1) y las entidades demandadas guardaron silencio al respecto. En consecuencia, en aplicación de la presunción de veracidad prevista por el Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, la Sala considerará como cierto este hecho. Además obra a folio 10, la fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Ana Isabel, en la que se lee como fecha de nacimiento el veintiséis (26) de julio de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), lo que prueba que el veintiséis (26) de julio de dos mil catorce (2014) cumple cincuenta y cinco (55) años de edad, y que está demostrado que la accionante trabajó en la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá desde mil novecientos setenta y nueve (1979) (folio 8).

[119] “Por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa”. Este Decreto exige como condiciones: (i) que se trate de un empleo vacante en forma definitiva que pertenezca al sistema de carrera general; (ii) que esté siendo desempeñado con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004), y (iii) que quien esté desempeñado dicho empleo en las anteriores condiciones, a la fecha de expedición del Decreto 3905 de 2009, esto es, ocho (8) de octubre, le falten tres (3) años o menos para causar su derecho a la pensión de jubilación.

[120] “Artículo 1°. Modifícase el artículo 7° del Decreto número 1227 de 2005, el cual quedará así: || “Artículo 7°. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden: || 7.1 Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial. || 7.2 Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil. || 7.3 Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil. || 7.4 Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad. || Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad...”.

[121] “ARTÍCULO 9o. NOMBRAMIENTO EN PERÍODO DE PRUEBA. A partir del día hábil siguiente a la publicación de la firmeza de una lista de elegibles, la entidad cuenta con un término máximo de diez (10) días hábiles para que en estricto orden de mérito se produzca el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto del concurso y solo para las vacantes para las cuales se conformó la respectiva lista de elegibles, tal como lo dispone el artículo 32 del Decreto 1227 de 2005...”.

“ARTÍCULO 11. USO DE UNA LISTA DE ELEGIBLES. Cuando una entidad requiera y solicite la provisión de una vacante y la CNSC verifique que dicho empleo cuenta con una lista de

elegibles vigente producto de la convocatoria, autorizará su uso y realizará el cobro respectivo si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del presente acuerdo. || La provisión de un empleo de carrera en vacancia definitiva mediante el uso de una lista de elegibles vigente, únicamente procederá cuando se agoten los tres primeros órdenes de provisión establecidos por el artículo 7o del Decreto 1227 de 2005, y se realizará en estricto orden de mérito con los elegibles que se encuentren en la lista”.

“ARTÍCULO 29. DERECHO DEL ELEGIBLE A SER NOMBRADO. El derecho a ser nombrado en virtud del uso de una lista, se adquiere cuando la entidad vaya a proveer una vacante definitiva y el elegible reúna las siguientes condiciones: || 1. Que se encuentre en el primer orden de elegibilidad. || 2. Que cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el perfil del empleo a proveer. || 3. Que la lista de elegibles de la que hace parte, se encuentre vigente”.

[122] En este sentido el artículo 25 del Acuerdo 159 de 2011 establece: “Uso de los empleos cuyos concursos han sido declarados desiertos. Conforme a lo dispuesto en el párrafo del artículo 30 del Decreto 1227 de 2005, los empleos cuyos concursos han sido declarados desiertos, serán provistos de manera definitiva, siguiendo el orden de prioridad de que trata el artículo 7o del Decreto 1227 de 2005, si revisado el mismo se concluye que esta es la forma de proceder...”.

[123] Acción de tutela T-11001-22-03000-2013-00883-00.

[124] Folios 67 al 71.

[125] Ver los antecedentes de la sentencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil, del veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013) (folios 93 y 94).

[126] Sentencias T-455 de 2000 (MP José Gregorio Hernández Galindo), SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio), T-156 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).