El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Eduardo Orejarena García

Accionados (s) : ESE Gerente ESE Hospital Universitario San Jorge y otro

Litisconsorte (s) : Óscar León Cardona Agudelo y otros

Temas : Subsidiariedad - Estabilidad laboral intermedia

Radicación : 66001-31-10-004-2019-00284-01

Despacho de origen : Juzgado Cuarto de Familia de Pereira

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 334 de 29-07-2019

**TEMAS: DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO / NOMBRAMIENTO DE PERSONA QUE GANÓ CONCURSO DE MÉRITOS / PROCEDENCIA DE LA TUTELA / NO APLICA EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / PRE PENSIONADOS / ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA / DEBE CEDER ANTE PERSONAS DE CARRERA.**

Nuestra CC tiene establecido que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales. (…)

En cuanto a la subsidiariedad debe indicarse que la acción es viable siempre que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, de tal manera que no se sustituyan los mecanismos legales ordinarios. Esta regla tiene dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario: (i) la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la acción ordinaria para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante. (…)

En el sub examine, el accionante cuenta con los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Artículo 238 de la Constitución, desarrollado por el artículo 229 del CPACA) que, en principio, desplaza a la acción de tutela, empero, en tratándose de derechos fundamentales de personas que superaron un concurso de méritos la jurisprudencia constitucional ha considerado que dicha vía judicial no siempre es idónea y eficaz para su protección porque:

“… las medidas cautelares contempladas pueden no conceder una protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de las personas que, habiendo adelantado los trámites necesarios para su vinculación con la administración a través de un sistema de selección de méritos, ven truncada su posibilidad de acceder al cargo por aspectos relacionados y que afectan bienes constitucionales…”.

… que las personas nombradas en provisionalidad solo tienen derecho a una estabilidad laboral intermedia o relativa porque el cargo de carrera administrativa que ocupan se provee por medio de un concurso de méritos con quien esté en el primer puesto de la lista de elegibles. Así lo ha reseñado la Colegiatura Constitucional en su jurisprudencia :

“… Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, 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 (…). 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…



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Pereira, R., veintinueve (29) de julio de dos mil diecinueve (2019).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La impugnación formulada dentro de la acción constitucional referida, luego de surtida la actuación de primera instancia, sin avistar nulidades que la invaliden.

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

Se informó que el accionante ocupó el primer puesto de la lista de elegibles para proveer el cargo de profesional universitario, código 219, grado 7, del sistema general de carrera de la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira (Resolución No.20182110164315 de 05-12-2018), ofertado en la convocatoria No.426 de 2016, empero el 09-01-2019 la accionada le comunicó que no podía nombrarlo porque el cargo lo ocupaba un pre-pensionado; formuló variadas peticiones para que se reconsiderara dicha determinación, mas todas fueron despachadas desfavorablemente con base en el mismo argumento (Folios 32-56, cuaderno principal).

1. LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Se estiman vulnerados debido proceso, el mínimo vital y el trabajo (Folio 32, cuaderno principal).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Se pretende: (i) El amparo de los derechos invocados; y en consecuencia, ordenar a la autoridad accionada: (ii) Nombrarlo y posesionarlo en el cargo para el cual ocupó el primer puesto (Folio 54, cuaderno principal).

1. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 11-06-2019 se admitió, se vinculó a quienes se estimó pertinente y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 57, ibídem), el 12-06-2019 se hizo otra vinculación (Folio 62, ibídem), el 14-06-2019 se inadmitió la reforma de la acción de tutela (Folio 82, ibídem), el 19-06-2019 se profirió sentencia (Folios 90-95, ib.), y el 26-06-2019 se concedió la impugnación formulada por un vinculado (Folio 120, ib.).

Ya en esta instancia el 10-06-2019 se puso en conocimiento una nulidad por la omisión en la vinculación de varios terceros interesados (Folio 4, este cuaderno), pero se saneó porque no fue invocada.

En la sentencia impugnada se concedió el amparo habida cuenta de que el derecho del pre-pensionado que ocupa un cargo en provisionalidad debe ceder ante el mejor derecho de la persona que ocupó el primer puesto en el concurso de méritos, de manera que ordenó su nombramiento inmediato, no sin advertir que la accionada deberá proferir un acto administrativo de desvinculación en el que garantice el derecho de defensa y contradicción de la persona que debe ser desvinculada (Folios 90-95, cuaderno principal).

Por su parte, el tercero opugnante con fundamento en jurisprudencia constitucional refirió que la accionada debió solicitar a la CNSC que excluyera del concurso el cargo vacante que ocupa en provisionalidad dada su calidad de pre-pensionado (Folios 116-119, ibídem).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER
   1. La competencia funcional: Esta Corporación está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Juzgado que conoció en primera instancia (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).
   2. El problema jurídico a resolver: ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, que concedió el amparo, conforme al escrito de impugnación?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
   4. La legitimación en la causa

Por activa se cumple porque el señor Eduardo Orejarena García ocupó el primer puesto en el cargo de carrera denominado profesional universitario, código 219, grado 7 y solicitó su nombramiento (Folios 6-8, 11-12 y 18-19, ib.); y por pasiva Luisa María Hincapié Zapata como Gerenta de la ESE Hospital Universitario San Jorge, Francenid González Aguirre, como Asesora Jurídica, Frank Huerta Gutiérrez y Carlos Mario Cuartas Cañas en calidad de Jefes Oficina Gestión Administrativa, y Sandra Bibiana Mejía García y Mauricio Bocanegra Marín como Profesionales Universitarios de Recursos Humanos porque negaron el nombramiento (Folios 10, 13-14 y 20-21, ib.).

Las demás autoridades vinculadas no son competentes para resolver asuntos relacionados con el nombramiento del actor, por lo que carecen de legitimación en la causa por pasiva; en consecuencia, el amparo se declarará improcedente en su contra.

* 1. Los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez

El artículo 86 de la Constitución Política, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; empero, dispone que este mecanismo *“(…) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.*

Nuestra CC tiene establecido que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales[[1]](#footnote-1).

Este último supuesto no merece reparo, pues la acción se formuló dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos violatarios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[2]](#footnote-2); nótese que la ùltima respuesta desestimatoria del pedimento del accionante fue expedida el 06-02-2019 (Folios 20-21, cuaderno principal) mientras que el amparo constitucional se presentó el 10-06-2019 (Folio 1, ibidem).

En cuanto a la subsidiariedad debe indicarse que la acción es viable siempre que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, de tal manera que no se sustituyan los mecanismos legales ordinarios[[3]](#footnote-3). Esta regla tiene dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario[[4]](#footnote-4): (i) la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la acción ordinaria para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante.

Conforme a lo sostenido por la Corte, deben agotarse los recursos ordinarios de defensa, toda vez que la tutela no fue creada ni destinada a suplir los procedimientos ordinarios ni para enmendar los errores o descuidos de las partes en el proceso; dentro del mismo ámbito la doctrina constitucional enseña: *“(…) la Corte ha sostenido, de manera reiterada, que la acción de tutela es improcedente cuando con ella se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa que, por negligencia, descuido o incuria de quien solicita el amparo constitucional, no fueron utilizados a su debido tiempo”*[[5]](#footnote-5). Criterio reiterado en su abundante jurisprudencia[[6]](#footnote-6). También la CSJ se ha referido al tema[[7]](#footnote-7), prohija la improcedencia de la tutela por aplicación del principio de subsidiariedad.

En el *sub examine*, el accionante cuenta con los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo[[8]](#footnote-8) (Artículo 238 de la Constitución, desarrollado por el artículo 229 del CPACA) que, en principio, desplaza a la acción de tutela, empero, en tratándose de derechos fundamentales de personas que superaron un concurso de méritos la jurisprudencia constitucional[[9]](#footnote-9) ha considerado que dicha vía judicial no siempre es idónea y eficaz para su protección porque:

… las medidas cautelares contempladas pueden no conceder una protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de las personas que, habiendo adelantado los trámites necesarios para su vinculación con la administración a través de un sistema de selección de méritos, ven truncada su posibilidad de acceder al cargo por aspectos relacionados y que afectan bienes constitucionales. En esa medida, los ciudadanos se ven expuestos, por ejemplo, al riesgo de que el registro o la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia y, por consiguiente, cualquier orden futura relacionada con una eventual compensación económica, la reelaboración de la lista y el nombramiento tardío de quien tiene el derecho a posesionarse en el empleo público, en realidad no sea suficiente ni oportuna para resarcir el quebrantamiento ocasionado por la presunta ilegalidad en la actuación de la administración ni para satisfacer, en consecuencia, la pretensión de amparo consistente en el nombramiento en el cargo ofertado…

En ese orden de ideas, advierte esta Corporación superado el presupuesto de la subsidiariedad, como quiera que este amparo lo invocó una persona que ocupó el primer puesto en un concurso estatal a efectos de que le sean protegidos los derechos agraviados por una autoridad que se rehusó a nombrarlo y posesionarlo en un cargo vacante.

1. La estabilidad laboral intermedia

Debe decirse que las personas nombradas en provisionalidad solo tienen derecho a una estabilidad laboral intermedia o relativa porque el cargo de carrera administrativa que ocupan se provee por medio de un concurso de méritos con quien esté en el primer puesto de la lista de elegibles. Así lo ha reseñado la Colegiatura Constitucional en su jurisprudencia[[10]](#footnote-10):

… Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, 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 (…). 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…

No obstante, para que la autoridad pueda hacer los nombramientos sin afectar los derechos fundamentales de las personas que están en condición de vulnerabilidad debe, de forma preliminar: (i) disponer como medida afirmativa que sean las últimas en ser desvinculadas (Artículo 13-3º, CP), y de ser posible, (ii) vincularlas de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, de existir la vacante[[11]](#footnote-11).

En este caso en particular la negativa en la vinculación del accionante se sustentó en el derecho a la estabilidad laboral “reforzada” que tiene por su condición de pre-presionado la persona que ocupa en provisionalidad el cargo ofertado en concurso de méritos, de tal suerte que debía esperar a que este cumpliera con el presupuesto de las semanas de cotización para que pudieran hacerse la desvinculación y el nombramiento respectivos (Folios 10, 13-14 y 20-21, ib.).

Para la Corporación aquella apreciación contrasta sobremanera con la jurisprudencia reseñada y el principio del mérito que rige el acceso a la función pública. Los sistemas de carrera y la provisión de empleos mediante concursos públicos buscan establecer la idoneidad, capacidad y potencialidad de los aspirantes, por lo tanto, quienes superan satisfactoriamente las etapas y pruebas de una convocatoria adquieren el derecho indiscutible a ser elegidos en el respectivo cargo público, sin que les sea oponible ninguna circunstancia diferente a la inexistencia de la vacante o la supresión del cargo.

Ahora, no se desconoce que el derecho a la estabilidad relativa impone a la autoridad la obligación de tomar todas las medidas afirmativas que tenga a su alcance a efectos de precaver el agravio de los derechos fundamentales de quienes ocupen un cargo en provisionalidad y se encuentren en alguna de las circunstancias especiales definidas por la jurisprudencia constitucional, mas, en manera alguna, aquella prerrogativa podrá superponerse *“(…) al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos (…)”.*

Así las cosas, como el señor Eduardo Orejarena García ocupó el primer puesto de la lista de elegibles para proveer el único cargo vacante de la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira denominado *“Profesional Universitario, Código 219, Grado 7”* (Folio 7, cuaderno principal) era imperioso que el ente nominador lo nombrara y posesionara, sin dilación de índole alguna.

Es cierto que el señor Óscar León Cardona Agudelo merece un trato diferenciado por cuenta de su condición especial de pre-presionado, sin embargo, ello no implica que deba preservarse en el cargo, sino, más bien, que se expida un acto administrativo de desvinculación que consulte las directrices jurisprudenciales, es decir, que en su motivación se refieran todas las labores administrativas que se emprendieron a efectos de proteger su derecho a la estabilidad intermedia, aludiendo con precisión sobre la posibilidad o no de ser trasladado a otro cargo vacante similar o equivalente al que venía ocupando, como bien lo anotó el *a quo*.

Corolario lucen infundados los reparos del opugnante. Para esta Corporación es claro que la autoridad accionada vulneró los derechos del actor, en consecuencia, se confirmará la sentencia opugnada.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F a l l a:

1. CONFIRMAR la sentencia del Juzgado Cuarto de Familia de Pereira.
2. MODIFICAR los numerales 2º, 3º y 4º en el sentido que los doctores Luisa María Hincapié Zapata, Gerenta, Francenid González Aguirre, Asesora Jurídica, Frank Huerta Gutiérrez y Carlos Mario Cuartas Cañas, Jefes Oficina Gestión Administrativa, y Sandra Bibiana Mejía García y Mauricio Bocanegra Marín, Profesionales Universitarios Recursos Humanos de la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira les corresponde cumplir con las órdenes tutelares.
3. ADICIONAR un numeral para declarar improcedente el amparo contra la CNSC y la Gerencia de Convocatoria de esa entidad, por carecer de legitimación.
4. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
5. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese

*DUBERNEY GRISALES HERRERA*

*M A G I S T R A D O*

*EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.*

*M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O*

1. CC. T-324 de 1993. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-533 de 2016, SU-424 de 2012, T-480 de 2011, T-162 de 2010 y T-099 de 2008, entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-128 de 2016, T-623 de 2011, T-498 de 2011, T-162 de 2010, T-034 de 2010, T-180 de 2009, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-567 de 1998. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-662 de 2013, SU-712 de 2013, T-051 de 2016 y T-264 de 2018, entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ, STC.1422-2019, STC6121 de 2015 y fallo del 02-09-2014, MP: Cabello B., No.23001221400020140009701. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-471 de 2015 la tutela es improcedente porque se cuenta con un mecanismo judicial idóneo y eficaz ante el juez natural en el que se puede solicitar medidas cautelares, salvo que *“(i)… la aplicación de las normas del CPACA no proporcione una protección oportuna de los derechos fundamentales o (ii) cuando el contenido o interpretación de las disposiciones de dicho Código no provean un amparo integral de tales derechos (…)”.*  [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-610 de 2017. También puede consultarse las SU-553 de 2015, T-748 de 2015 y T-329 de 2009, entre otras. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. SU-446 de 2011, reiterada en la T-373 de 2017. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-096 de 2018, T-373 de 2017 y T-269 de 2017. [↑](#footnote-ref-11)