



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto: Acción de tutela N° 2022-00074-00.

Sentencia Primera Instancia

Fecha: Marzo once (11) de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Nacional 2591 de 1991 se emite sentencia de primer grado en la actuación de la referencia.

1.- Identificación solicitante: (Art. 29 Num. 1 D. 2591/91):

- **JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SILVA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 17'328.203, actuando en nombre propio.

2.- Identificación de quien provenga la amenaza o vulneración: (Art. 29 Num. 2 D. 2591/91):

- a) La actuación es dirigida por la tutelante en contra de:
 - **GOBERNACIÓN DEL META** y
 - **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.**
- b) Se ordenó la vinculación de:
 - **CLÍNICA COLSANITAS,**
 - **EPS SANITAS,**
 - **PORVENIR, y**
 - **CAJA DE PREVISIÓN DEL META,**

3.- Determinación del derecho tutelado: (Art. 29 Num. 3 D. 2591/91):

La accionante indican que se tratan de los derechos a la dignidad humana, justicia, vida, igualdad, habeas data, derecho de petición, trabajo, debido proceso, salud, seguridad social y mínimo vital.

4.- Síntesis de la demanda:

- a) *Hechos:* El accionante manifestó:
 - Precisa que fue vinculado como servidor público en el Departamento del Meta desde el 07 de enero de 1992 hasta el 05 de junio de 2002, en el cargo auxiliar de cámara fotográfica grado 14.
 - Añade que, posteriormente a lo anterior, se vinculó nuevamente a la Gobernación del Meta desde el 10 de febrero de 2012 hasta el 15 de enero de 2022. En dicho tiempo



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

desempeño diferentes cargos entre los cuales ejerció el de técnico operativo grado 09 y auxiliar administrativo grado 15.

- Que desde hace dos (02) años padece de cáncer gástrico, denominado “adenoma carcinoma gástrico, cáncer gástrico BORMAN”
- Que el DEPARTAMENTO DEL META junto con la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL llevaron a cabo el concurso de méritos No. OPEC 31610, convocatoria 1348 de 2019, con el fin de proveer los empleados en vacancia definitiva de los cargos en provisional.
- Que por motivos de su tratamiento (terapias de quimioterapia) no puedo asistir a la prueba escrita datada para el 14 de marzo de 2021. Situación que fue informada a la Secretaría administrativa del Departamento del Meta el 09 de marzo de 2021, frente a lo que se guardó silencio.
- Suma que esta condición se le informó también a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, quien, a su vez, le indicó que la presentación de la prueba era inexcusable.
- Subraya que a través del oficio 14 de enero de 2022 se le informó que a través de la resolución No. 2873 del 14 de diciembre de 2021, se daba por terminado su vinculación con la GOBERNACIÓN DEL META, en virtud de la posesión del cargo del titular del empleo que ganó el referido concurso. Añade que, la resolución mencionada nunca le fue notificada.
- Que ante dicha decisión interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el Oficio del 14 de enero de 2022, dado que la resolución que se describe no le fue notificada.
- Indica que aún no se ha resuelto su recurso de reposición, en desmerito de sus garantías constitucionales.
- Finaliza aduciendo que esta próximo a cumplir con 60 años y que por lo tanto esta pronto a obtener su pensión de vejez. Precisa que, ante esta circunstancia la demandada tuvo que haberlo reubicado en otro puesto de trabajo.

Petición:

- Amparar sus derechos fundamentales.
- Se ordene la suspensión de la resolución No.2873 de 2021 y como consecuencia de esto se ordene su reintegro en el cargo de auxiliar administrativo grado 15, u otro de igual o superior categoría.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

5- Informes: (Art. 19 D.2591/91)

- a) **La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, al atender este requerimiento manifestó que, al interior de la convocatoria No. 1348 de 2019 – Territorial 2019-II, que aqueja al demandante se ajustó a todos los parámetros legales que rigen la materia.

Añade que, después de estudiar el caso del demandante se obtuvo que él mismo participó en dicha convocatoria y fue descalificado de esta por no pasar los filtros del concurso. Al respecto, mencionó:

Estado del accionante en la Convocatoria

En lo concerniente, al caso de estudio el señor JOSE ANTONIO GONZALEZ SILVA, se inscribió con el ID 241933553 para el empleo denominado Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 5, número OPEC 31610 del Proceso de Selección 1348 de 2019 del Gobernación del Meta que conforma la Convocatoria Territorial 2019-II, quien, en las pruebas de competencias Funcionales, obtuvo un puntaje de **0.0** inferior al mínimo aprobatorio exigido de 65.00 puntos, razón por la cual NO continuó en el proceso de selección.



Ahora bien, la CNSC en primera medida informó a todos los aspirantes, mediante avisos informativos las fechas en las que se publicarían los resultados de las Pruebas de Competencias, Funcionales, Comportamentales, así como de la Valoración de Antecedentes de la Convocatoria 2019-II, contra los cuales, **los aspirantes podían presentar reclamaciones**, tal como se estableció en el anexo técnico del Acuerdo de Convocatoria:

Añade que, después de culminar el trámite del concurso se expidió la lista de elegibles, la cual se promulgó a través de la resolución No. 2021RES-400.300.24-11284 del 18 de noviembre de 2021, la cual no fue objetada quedando en firme. Al respecto expresó:

En el caso particular se expidió la Resolución No. 2021RES-400.300.24-11284 del 18 de noviembre de 2021, *“Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer uno (1) vacante(s) definitiva(s) del empleo denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO, Código 407, Grado 5, identificado con el Código OPEC No. 31610, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la GOBERNACIÓN DEL META, Proceso de Selección No. 1348 de 2019 - Territorial 2019 – II”*, la cual fue publicada en el BNLE el pasado 19 de noviembre de 2021 y adquirió firmeza individual el día 29 de noviembre de 2021.

- b) **La GOBERNACIÓN DEL META**, a su turno, recalcó que el demandante no cumple con los requisitos para ser tenido en cuenta como beneficiario de la figura de pre-pensionado, aunque la entidad si conocía de su estado delicado de salud. Manifestó:

4. Condición de prepensionado:

Señala el accionante, que presenta la condición de prepensionado debiendo ser protegido y consecuentemente reubicado por tal situación, al respecto, se considera que el señor JOSE ANTONIO SILVA, al momento de su desvinculación no reunía los requisitos para ser tenido como prepensionado, pues, dicha condición le es reconocida a los funcionarios que dentro de los tres próximos años, cumplan con los dos (2) requisitos para obtener el derecho a pensión, esto es, en el caso de la accionante contar con 62 años y haber cotizado 1300 semanas al régimen de pensión, no obstante el accionante, señala contar con 841.8 semanas cotizadas, y tener pendiente 190 semanas con lo cual, en gracia de discusión sumaría 1.031 semanas cotizadas, requiriendo con ello más de tres (3) años para completar las 1300 semanas.





Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

En cuento a la notificación del oficio de fecha 14 de enero de 2022, indica que fue resuelto negativamente a los intereses del actor. Precisa que, la resolución 2873 de 2021 fue debidamente notificada.

Recalca que, ante esta situación y en aras de intentar no quebrantar los derechos fundamentales del actor, se procedió a verificar si existía un cargo similar o de superior categoría que pudiera ocupar el demandante, siendo negativo esta búsqueda. Sobre esto, dijo:

Teniendo en cuenta la condición certificada por la Gerencia de Talento Humano, y siguiendo las orientaciones de la Corte Constitucional, se procedió a verificar la planta de empleos vacantes con el propósito de verificar la existencia de empleo igual o equivalente y respecto del cual la accionante cumpliera requisitos para su desempeño, para efectos de generar acto de nombramiento, no siendo ello posible, conforme certificación expedida por la Gerencia de Talento Humano.

Finalmente, rogó negar las pretensiones de la demanda dado que el motivo de retiro del demandante obedeció a una causal objetiva y a través del correspondiente acto administrativo el cual goza de presunción de legalidad; el cual puede ser discutido mediante la jurisdicción contenciosa administrativa.

- c) **PORVENIR S.A.**, alegó falta de legitimación en la causa por pasiva al aducir que no contaba con las funciones legales ni funcionales para atender las pretensiones de la demanda. Señaló que en efecto el actor estaba vinculado a la entidad en lo concerniente a su fondo de pensiones.
- d) **E.P.S. SANITAS**, manifestó que, el actor cuenta con un acumulado de 90 días de incapacidad laboral, y además posee concepto de rehabilitación desfavorable bajo el padecimiento de “*tumor maligno del estómago*”. Solicitó su desvinculación del presente asunto.
- e) **CLÍNICA COLSANITAS, y CAJA DE PREVISIÓN DEL META**, optaron por guardar silencio.

6.- Pruebas:

Las documentales existentes en el proceso.

7.- Problema jurídico:

¿Existe vulneración a los derechos implorados por la tutelante por cuenta de las accionadas o entidades vinculadas?

8.-Procedencia de la acción de tutela:

a.- *Normas aplicables:*



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

a.- Naturaleza jurídica de la acción de tutela

Menester resulta recordar una vez más que la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario, consagrado por el Art. 86 de la Constitución Política de Colombia, al objeto de poder lograr, por su medio, el amparo de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que resulten vulnerados o exista amenaza de vulneración, por acción u omisión de las autoridades o de los particulares bajo determinadas condiciones. Es además un mecanismo subsidiario, en cuanto que sólo resulta procedente cuando se carece de otro medio judicial ordinario para el efecto de su protección; no obstante, excepcionalmente, aunque como mecanismo transitorio, procede así exista otro instrumento judicial ordinario, cuando se trata y es posible evitar un perjuicio irremediable, de forma que el no recurrir a ella, tal perjuicio se consumaría irremisiblemente (Art. 86, ib. Art. 6, Decreto 2591 de 1991).

b.- La provisión de cargos con lista de elegibles y la protección especial de los funcionarios nombrados en provisionalidad cuando se encuentran en situación de debilidad manifiesta por razones de salud

“8.1. Esta Corte ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos en los que la persona que ocupaba un cargo con nombramiento provisional estaba en debilidad manifiesta por razones de salud. En esas circunstancias, esta Corporación ha definido que, si bien las personas que desempeñan un cargo público en provisionalidad no tienen derecho a permanecer en el mismo de manera indefinida, “si debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa 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”.

8.2. De manera que “antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando”.

*8.3. En la sentencia **SU-446 de 2011**,¹ esta Corporación señaló que para las personas en situación de discapacidad que fueron desvinculadas con ocasión del nombramiento de quienes ganaron el concurso de méritos para ocupar cargos de carrera en la Fiscalía General de la Nación, “la entidad ha debido prever mecanismos para garantizar que estas personas fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien 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”.*



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

8.4. En el año 2017, la Sala Séptima de Revisión analizó la desvinculación de una ciudadana que tenía cáncer de mama y que desempeñaba en provisionalidad un cargo de docente. Dado que el retiro de la actora se fundamentó en el nombramiento de la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, la Sala consideró que si bien no se configuró un despido por motivos discriminatorios, la entidad demanda debió “prever alguna medida afirmativa (art. 13 C.P.) para no lesionar los derechos de la señora Aura Milena Rodríguez Montaña, quien por su delicado estado de salud, generado por el cáncer de mama que le fue diagnosticado en abril de 2014, venía y aún viene siendo objeto de tratamiento médico tendiente a la recuperación de la salud”. **Por tanto, allí se ordenó que la actora fuese nuevamente vinculada en un cargo vacante y, en caso de que no hubiese una plaza disponible, “se deberá afiliar al Sistema de Seguridad Social en Salud, hasta tanto finalicen los tratamientos que sean necesarios para la recuperación del cáncer que padece o sea afiliada al sistema por otro empleador”.**¹

c.- Sobre la convocatoria como ley del concurso y el derecho fundamental al debido proceso administrativo en los concursos de méritos.

La sentencia T-682-16, al respecto enuncia:

(...) 5.1. Como se ha expuesto en las líneas que anteceden, el principio del mérito constituye una de las bases del sistema de carrera, en consecuencia, es el sustento de todo proceso de selección. Persigue asegurar la eficiencia de la administración, así como garantizar el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de las personas que demuestren las mejores capacidades para ocupar el cargo y, de esta forma, puedan optimizarse los resultados que se obtienen con el ejercicio del cargo de carrera. La Ley 909 de 2009 regula el sistema de carrera administrativa, y la define como norma reguladora de todo concurso, que obliga tanto a la administración como a las entidades contratadas y a sus participantes. Al respecto, ha precisado la Corporación, que: “el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada”

5.2. Conviene destacar entonces que las normas de un concurso público de méritos fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y establecen las pautas y procedimientos con los cuales deben regirse. Se trata de reglas que son inmodificables, por cuanto se afectan principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular.

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-342 de 2021. Magistrado Ponente, Dra; Cristina Pardo Schlesinger.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

5.3. En este orden de ideas, **la Convocatoria constituye una norma que se convierte en obligatoria en el concurso**, en consecuencia, cualquier incumplimiento de las etapas y procedimientos consignados en ella, vulnera el derecho fundamental del debido proceso que le asiste a los participantes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa.

5.4. Frente al tema, la Sala Plena de la Corporación en sentencia SU-913 de 2009 determinó que: “(i) **las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales**; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se auto vincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por los partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la personas que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido. (...)”

d.- En cuento al derecho de estabilidad laboral reforzada de empleados públicos en cargo de provisionalidad, la Corte Constitucional ha dicho:

“En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha señalado algunas medidas que pueden adoptarse para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011, esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales tales como las 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, **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**



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. 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’’².

e. -Derecho de acceso a cargos públicos- Alcance del derecho a acceder a cargos públicos al cumplimiento de requisitos.

Frente al tema, la Corte Constitucional ha dicho:

“(…)

Este derecho que reviste singular importancia dentro del ordenamiento constitucional, pues comporta la ventaja subjetiva de optar por este tipo de cargos, como también y constituye un espacio de legitimación democrática, el cual debe ser diferenciado del derecho al trabajo. Así, el derecho al trabajo prescrito en el artículo 25 de la Constitución Política está compuesto por diversos elementos, algunos relacionados con el deber estatal de propiciar políticas de empleo y otros que, vistos desde la esfera subjetiva, están relacionados con el derecho a elegir un empleo y que éste se proporcione en condiciones dignas y justas. Por su parte, el derecho a acceder a un cargo público, consiste en la garantía que tiene todo ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria.

Respecto del derecho al trabajo en relación con el acceso a los cargos públicos, ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación que dicha garantía se materializa en cabeza del ganador del concurso, a quien le asiste el derecho de ser nombrado; en este sentido, a la posibilidad de acceder a un empleo se suma la garantía del deber estatal de impedir que terceros restrinjan dicha opción. Al tratar esta materia en sentencia T-625 de 2000, el Tribunal Constitucional indicó:

“La vulneración del derecho al trabajo se produce cuando una acción u omisión arbitraria de las autoridades limita injustificadamente el ejercicio de una actividad laboral legítima”.

De lo anterior se vislumbra que la persona que supera las pruebas del concurso público de méritos, se convierte en el titular del derecho al trabajo, y por ende, tiene derecho a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, pues sólo en este momento el carácter subjetivo del derecho al trabajo logra concretarse con certeza a favor del ganador.

² Corte Constitucional. Sentencia 373 de 2017. Magistrado ponente, Dra; CRISTINA PARDO SCHLESINGER



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

En síntesis, el derecho de acceder a cargos públicos está ligado a la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria. Por su parte, el derecho al trabajo, en las situaciones de acceso a cargos públicos se materializa cuando se crea en el titular el nacimiento del derecho subjetivo, es decir, cuando en virtud del mérito y la capacidad del aspirante obtiene el mejor puntaje, de lo cual se sigue o deviene su nombramiento y posesión”.

En cuanto al ámbito de protección del derecho de acceso a cargos públicos como derecho fundamental, la Corte en la sentencia SU-339 de 2011, hizo referencia a las distintas dimensiones que entran en la órbita de protección de dicho derecho. En palabras del Alto Tribunal:

*“la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) **la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo**, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público”.*

De lo anterior se desprende que, cuando no está en discusión la titularidad del derecho subjetivo a ocupar el cargo público, se puede considerar la existencia de una amenaza o violación del derecho fundamental. No obstante, en casos en los que está en discusión el hecho de si el actor cumple o no con los requisitos para acceder al cargo, es posible proteger otra faceta de dicho derecho: la garantía de que los cuestionamientos en torno al nombramiento y a la posesión se hagan respetando plenamente los procedimientos previstos para ello en la ley. Entonces, si la afectación proviene de la duda sobre la titularidad o de la violación de otro derecho fundamental, la consideración sobre una violación al derecho fundamental al acceso y desempeño de funciones públicas depende de que aquellas cuestiones sean resueltas de antemano.

Ahora bien, frente al ejercicio efectivo del derecho al acceso a cargos públicos, la Corte ha precisado que:

“ (...) para que el derecho enunciado pueda ejercerse de manera efectiva es indispensable, ante todo, que concurran dos elementos exigidos por la misma Carta: la elección o nombramiento, acto condición que implica designación que el Estado hace, por conducto del funcionario o corporación competente, en cabeza de una persona para que ejerza las funciones, deberes y responsabilidades que el ordenamiento jurídico ha previsto respecto de un determinado cargo, y la posesión, es decir, el hecho en cuya virtud la persona asume, en efecto, esas funciones, deberes y responsabilidades, bajo promesa solemne de desempeñarlos con arreglo a la Constitución y la ley.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

*(...)Si la participación en la función pública es, como lo hemos visto, un derecho cuyo ejercicio está pendiente de la posesión, **negarla a un ciudadano ya nombrado o elegido -a no ser que falte alguno de los requisitos legales- implica la violación del derecho en cuanto imposibilita su ejercicio**".*

A manera de conclusión se tiene que, el derecho de acceder a cargos públicos, consiste en la posibilidad que tienen los ciudadanos de presentarse a concursar para proveer dichos cargos, una vez se hayan cumplido los requisitos previstos en la convocatoria para postularse.

Este derecho implica protección a favor de los ciudadanos en el sentido de que las decisiones estatales no pueden arbitrariamente impedirles acceder a un cargo público, así como tampoco pueden estar encaminadas a desvincularlos de manera arbitraria del mismo, ni mucho menos les está dado impedirles arbitrariamente el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, para que este derecho pueda ejercerse de manera efectiva, es necesaria la concurrencia del acto de nombramiento, en virtud del cual el Estado designa en cabeza de una persona, las funciones, deberes y responsabilidades propias del cargo, y la posesión, que es el hecho por el cual la persona asume esas funciones, deberes y responsabilidades.

Entonces, al ser el derecho de acceso a cargos públicos una garantía cuyo ejercicio depende de la posesión, negarla a un ciudadano ya nombrado o elegido -a no ser que falte alguno de los requisitos legales- implica la violación del derecho en cuanto imposibilita su ejercicio'³. (Subrayado y negrilla por fuera del documento original).

e.- Verificación de requisitos generales para el caso concreto: En lo referente a **legitimación en la causa**, se evidencia identidad entre el tutelante y las autoridades comparecientes, de suerte que se tiene por cumplido tal requisito.

En el apartado de **subsidiariedad** se verifica que la parte actora no acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, contando con la posibilidad aun de hacerlo, incumpliendo de esta forma con este requisito. Aunque cabe advertir que, dada la enfermedad del actor, este requisito se encuentra flexibilizado en aras de la protección de sus garantías.

10.- Consideraciones probatorias y jurídicas:

a.- Caso concreto:

Revisadas las pretensiones de la parte demandante y el devenir de la acción de tutela, advierte el Despacho delantadamente que accederá de manera parcial a las pretensiones elevadas por el tutelante, a razón de los siguientes motivos:

³ Corte Constitucional. Sentencia T-257 de 2012. Magistrado Ponente, Dr; Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

En primer lugar, se debe destacar que, la desvinculación del demandante con la GOBERNACIÓN DEL META fue a través de su declaratoria de insubsistencia, acto administrativo el si bien cuenta con un trámite ordinario para ser discutido, esto es, ya sea a través de los recursos propios de la vía administrativa, o, ante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho a través de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; encuentran un estado de flexibilidad en el presente asunto, dado que, si bien no se agotó en debida forma el requisito de subsidiaridad, esta exigencia se ve flexibilizada en consideración al estado de salud del demandante (adenoma carcinoma gástrico, cáncer gástrico BORMAN⁴).

Ahora bien, en cuanto a la presunta notificación que aduce el demandante de la resolución No. 2873 del 14 de diciembre de 2021, este Despacho no comparte esta postura, ya que según lo que se registra en el expediente el actor conocía a fondo el oficio del 14 de enero de 2022, por el cual se notificada dicha resolución, y sobre todo, aportó copia de la resolución No. 2873 del 14 de diciembre de 2021 al proceso; por lo que, no es creíble que aduzca que no le fue enterada en debida forma de dicha actuación administrativa, pero a la vez anexe copia de la misma e indique que no la conocía.

Y es que, por lo consagrado en el expediente el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el oficio 14 de enero de 2022 y no así, contra la resolución No. 2873 del 14 de diciembre de 2021⁵. Ante esto, cabe precisar que, la GOBERNACIÓN DEL META, ya resolvió dicho recurso negándolo por improcedente tal como se constata en el proceso (por dirigirse contra el oficio y no contra la resolución), por lo cual, no se le podría endilgar algún tipo de responsabilidad por tal motivo. Dicho esto, se tiene que la notificación de la No. 2873 del 14 de diciembre de 2021 fue adecuada y por lo tanto no se ha quebrantado el debido proceso del demandante.

Por lo aducido, se tiene que la parte demandante se equivocó al actuar de manera premeditada al enterarse de sus desvinculación, ya que interpuso los recursos administrativos contra el oficio que lo enteraba de la decisión, y no así, contra la decisión misma, circunstancia que para nada invalida la legalidad de No. 2873 del 14 de diciembre de 2021, y contra la cual era procedente los recursos previamente mencionados.

Ante esto, no puede pasarse por alto que, la acción de tutela tiene como finalidad ser un mecanismo con el cual se pueda prevenir amenazas a derechos fundamentales que no puedan

Diagnóstico(s) y Fechas

tumor maligno del estomago, parte no especificada--adenocarcinoma gástrico de patrón intestinal, moderadamente diferenciado-

Etiología (origen – Contingencia)

4 Origen común

ARTÍCULO TERCERO. Como consecuencia del nombramiento establecido en el artículo primero de la presente resolución, se da por terminado el nombramiento en provisionalidad a JOSE ANTONIO GONZALEZ SILVA, identificado(a) con cédula de ciudadanía número 17.328.203, quien desempeña el empleo Nivel Asistencial, denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407 Grado 05.

Parágrafo: La terminación del nombramiento en provisionalidad operará automáticamente a partir de la posesión de la persona nombrada en periodo de prueba, fecha que le será comunicada por parte de la Gerencia de Talento Humano.

5



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

ser protegidos y tramitados por un medio ordinario, ya sea porque este no existe o porque de existir este resulta ineficaz; escenario que no es el discutido en este proceso, ya que, si bien se sabe que la resolución No. 2873 del 14 de diciembre de 2021 puede ser discutida ya sea a través de los recursos legales o judiciales (art 136 Cpaca) que contempla el ordenamiento jurídico, la delicadeza de la enfermedad del actor obliga a la toma de una decisión pronta sin dilación alguna. Frente a esto, su valoración médica aportada por su E.P.S., reseña:

Posibilidad de Recuperación
Sin información

Pronóstico a corto plazo
DESFAVORABLE

Pronóstico a mediano plazo
DESFAVORABLE

Pronóstico de Rehabilitación

Favorable	
Desfavorable	x

Nombre del médico: Janneth Gutierrez Baron – Médico Laboral EPS Sanitas
Registro Médico: 25412003

Por otro lado, se tiene que, el argumento aducido por el tutelante en cuanto que la convocatoria motivo de su inconformismo contiene irregularidades, es controversial, si tiene que él participó en la aludida convocatoria y en su momento no dijo nada al respecto, ni siquiera cuando fue eliminado de dicho concurso; circunstancia que permaneció incólume.

Por lo referido, en cuanto a la validez del aludido concurso se tiene que el mismo fue acorde con la normatividad que regula tal aspecto, y las actuaciones que se han adelantado, así como las notificaciones se han ido surtiendo paso a paso, por lo que, no se visualiza de alguna forma que el debido proceso del demandante en cuanto al concurso de méritos haya sido irregular.

Decantado esto, se tiene que la concesión parcial de las pretensiones del actor será por su estado de salud, pero no así, porque haya existido algún tipo de irregularidad tanto en la convocatoria que se surtió para proveer el cargo que desempeñaba, o por una presunta anomalía por parte de su empleador al momento de su desvinculación. Y es que, estas dos actuaciones fueron realizadas acogiendo los parámetros que la regulan y por lo tanto resultan acertadas. Dejando como único elemento a tratar la desvinculación del actor si cuenta con un estado de salud que lo convierte en sujeto de especial protección constitucional. Aspecto que se tratara inmediatamente.

Dicho esto, el demandante esgrime como elementos de su presunta estabilidad laboral reforzada su estado de salud y su condición de pre-pensionado. Frente a esta última, debe descartarse que si bien esta a pocos años detener la edad para tal efecto (menos de dos años) aun dista mucho de las semanas necesarias (tiene menos de 1.000) para tal propósito por lo que tal condición no es procedente para el otorgamiento de la figura de estabilidad laboral reforzada tal como lo indicó la GOBERNACIÓN DEL META.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ahora bien, ya descartando la figura de pre-pensionado, cabe como único punto el de su estado de salud; circunstancia que si le otorga la condición de persona de vital protección. Elemento que fue compartido con la demandada, ya que la misma GOBERNACIÓN DEL META reconoció la gravedad de su estado de salud e indicó que intentó reubicarlo en un puesto de trabajo de igual o superior jerarquía, pero tal intento fue infructuoso al no existir una vacante de tal condición. De hecho, expreso:

LA GERENTE DE TALENTO HUMANO DE LA GOBERNACIÓN DEL META

CERTIFICA:

Que revisada la planta de empleos de la Gobernación del Meta, no existe empleo vacante de la misma jerarquía o equivalencia al que venía desempeñando el señor JOSE ANTONIO GONZALEZ SILVA, respecto del cual cumpla requisitos para su nombramiento.

Expedida el día 26 del mes de enero de 2022.

Por lo dicho, es claro que, si bien el demandante es candidato a su reubicación por encontrarse en una situación decadente en su salud, no lo es menos, que la demandada procuró su reubicación en otro lugar no siendo posible tal movilidad al no existir una vacante que pudiera ser reemplazada por el actor. Así que, ante tal acontecimiento mal haría esta Sede Judicial en alterar la estructura administrativa de la demandada, ordenando su reubicación si esta no es posible.

Ahora bien, la Jurisprudencial Constitucional frente a estos casos ha dicho que, ante la imposibilidad de trasladar de cargo al tutelante, se debe garantizar su pago al sistema de seguridad social hasta tanto se supere la circunstancia negativa de salud, se logre obtener pensión de invalidez, o se vincule al accionante por parte de otro empleador. Al respecto, la más reciente decisión que trata el tema dijo:

*“8.4. En el año 2017, la Sala Séptima de Revisión analizó la desvinculación de una ciudadana que tenía cáncer de mama y que desempeñaba en provisionalidad un cargo de docente. Dado que el retiro de la actora se fundamentó en el nombramiento de la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, la Sala consideró que si bien no se configuró un despido por motivos discriminatorios, la entidad demanda debió “prever alguna medida afirmativa (art. 13 C.P.) para no lesionar los derechos de la señora Aura Milena Rodríguez Montaña, quien por su delicado estado de salud, generado por el cáncer de mama que le fue diagnosticado en abril de 2014, venía y aún viene siendo objeto de tratamiento médico tendiente a la recuperación de la salud”. **Por tanto, allí se ordenó que la actora fuese nuevamente vinculada en un cargo vacante y, en caso de que no hubiese una plaza disponible, “se deberá afiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud, hasta tanto finalicen los tratamientos que sean necesarios para la recuperación del cáncer que padece o sea afiliada al sistema por otro empleador”.**⁶*

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-342 de 2021. Magistrado Ponente, Dra; Cristina Pardo Schlesinger.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Por lo referido, al observar las condiciones de vulnerabilidad que aduce el demandante en cuanto a su salud, y que no son cuestionados ni siquiera por la parte demandada, se logra que se encuentra ante la figura de la estabilidad laboral reforzada, pero dado la imposibilidad de no poderse vincular de nuevo a la entidad por carencia de la vacante necesaria, se procederá a ordenar su afiliación al sistema general de salud hasta que su situación mejore, adquiera la condición de pensionado por invalidez o sea afiliado por un nuevo empleador.

En conclusión, la acción de tutela invocada se torna procedente, y por lo tanto se ampararán los derechos fundamentales del actor a salud, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada, por los motivos aducidos.

En consecuencia, el Juzgado Diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la salud, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada de JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SILVA, por los motivos aducidos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **GOBERNACIÓN DEL META**, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, inicie las actuaciones necesarias para que el señor JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SILVA sea vinculado al Sistema de Seguridad Social en Salud, hasta que su situación de salud mejore, sea afiliado por otro empleador o sea afiliado en calidad de pensionado por invalidez.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones solicitadas por el demandante, en atención a lo expuesto en esta providencia.

CUARTO: No emitir decisión alguna contra las entidades vinculadas.

QUINTO: NOTIFICAR lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para eventual revisión, en el evento que no se impugne la presente decisión.

Notifíquese,

CESAR AUGUSTO BRAUSÍN ARÉVALO
JUEZ

RQ