

130
HONORABLES MAGISTRADOS
CONSEJO DE ESTADO – REPARTO
E.S.D.

Tutela 7382

76 ad - 124 fls
+ 3 copias

2545

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONADOS: PROCURADURÍA GENERAL DE LA
NACIÓN – OFICINA DE SELECCIÓN Y CARRERA
DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
– UNIVERSIDAD DE PAMPLONA

ACCIONANTE: MIRIAM ACOSTA HORMECHEA

MIRIAM ACOSTA HORMECHEA, identificada con cédula de ciudadanía N° 33.133.696 de Cartagena, Bolívar, acudo ante su digno despacho con el fin de interponer ACCIÓN DE TUTELA, contra la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN - OFICINA DE SELECCIÓN Y CARRERA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN-**, con el objeto de que se protejan mis derechos constitucionales fundamentales, amenazados, vulnerados y en procura del amparo al mínimo vital, trabajo, seguridad social, igualdad, dignidad humana y aquellos derechos que se consideren amenazados o conculcados, de acuerdo con lo que se expone a continuación.

MEDIDA PROVISIONAL

De acuerdo con el criterio de la Corte Constitucional, para conceder la medida provisional de que trata el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, se debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que la medida resulte necesaria para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en una violación o;
2. Que habiéndose constatado la existencia de una violación, estas sean necesarias para precaver que la violación se torne más gravosa.¹

Para establecer la concurrencia de tales hipótesis en el caso concreto, ruego a los H. Magistrados, considerar de antemano la inminente e irreparable afectación que para los derechos fundamentales al mínimo

¹ Ver autos A-040 de 2001. MP Eduardo Montealegre Lynett. A-049 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz; A-041^a de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, y A-031 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional.

vital, trabajo, seguridad social e igualdad puede generarse en el evento que se produzca el nombramiento del cargo de un (1) procurador judicial II Penal 3PJ-EC en el cargo de Procurador 352 Judicial II Penal de Barranquilla Justicia y Paz Código Grado 3PC-EC, creado en virtud de la Ley 975 de 2005, antes de que se decida el presente asunto, pues la Resolución N° 040 de 2015, acto administrativo que da apertura al concurso para proveer los empleos de procuradores judiciales I y II de la Procuraduría General de la Nación y lo reglamenta y la Convocatoria 004, no tienen en consideración mi especial condición de prepensionalidad por la que reclamo estabilidad laboral reforzada, lo que representa un perjuicio inminente e irremediable pues con el nombramiento en propiedad, que recayó en la **Dra. Margarita Rosa de las Salas Ruiz**, quien ocupó dentro de la lista de elegibles para PROCURADORES JUDICIALES PENAL II, el puesto N° 174, cuya posesión de materializarse me acarrearía indefectiblemente un hondo perjuicio, traducido en la ausencia total de ingresos económicos ^{de los que gozaba} y cuya consecuencia se refractaría en mi salud, vida digna y por qué no decir en contra de mi condición especial de prepensionable o dicho de otra manera a la espera de obtener mi pensión de vejez, la notificación de esta demanda a la nombrada en el cargo de procuradora judicial penal II 352 de Barranquilla, que es mi reemplazo espero se haga mediante la página web de la procuraduría o por intermedio del correo que esta persona reportó dentro del marco del concurso.

En virtud de ello, solicito que se ordene como medida provisional que hasta tanto se resuelva esta acción de tutela, la Procuraduría General de la Nación, se abstenga de posesionar a la nombrada en propiedad en el cargo de Procuradora 352 Judicial II Penal de Barranquilla Justicia y Paz Código Grado 3PC-EC, que actualmente ostento, hasta tanto se defina la acción de tutela.

HECHOS:

1. En virtud del Decreto 2603 del 23 de octubre de 2008, fui nombrada como Procurador 352 Judicial II Penal de Barranquilla, código 3 PJ- GRADO EC, para la ciudad de Barranquilla, cargo

creado en virtud de Ley 975 de 2005, artículo 35 y del Decreto 4795 de 2007.

2. El señor procurador General de la Nación, profiere la Resolución No.040 del 20 de enero de 2015, "por medio de la cual se apertura y se reglamentada la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la Entidad" y procede a dar apertura y reglamentar la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales I (3PJ-EG) Y II (3PJ-EC).
3. El decreto Ley 262 de 2000, en su artículo 3, determina el carácter especial del sistema de carrera de la Procuraduría General de la Nación, regulado en el Decreto Ley 262 de 2000 como un "... *Sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la Entidad y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso a ella, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascender.....*"
4. Que el precitado Decreto Ley clasificó los empleos al interior de la Entidad, de acuerdo con la naturaleza de su vinculación en: carrera, libre nombramiento y remoción y de periodo fijo. Y en la categoría de empleos de libre nombramiento y remoción, dispuesta en el artículo 180 del Decreto en mención, estaban incluidos los cargos de procuradores judiciales I (3PJ-EG) Y II (3PJ-EC), disposición que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 101 de 2013, en la cual sostuvo: "... *Los procuradores judiciales, en su condición de agentes del Ministerio Público que actúan ante jueces y tribunales cuyos cargos han sido definidos por el legislador- Ley 270 de 1996- como de carrera administrativa, en aplicación del artículo 280 constitucional*" como consecuencia de ello, la Corte Constitucional ordenó convocar a concurso público de méritos para la provisión en propiedad todos los empleos de procuradores judiciales I I (3PJ-EG) Y II (3PJ-EC). Distribuidos en la planta de personal de la Entidad a nivel Nacional.

5. La resolución 040 de 2015, dio apertura al concurso abierto de méritos, para proveer todos los empleos de procuradores judiciales I (3PJ-EG) Y II (3PJ-EC) y reglamento las condiciones generales de la convocatoria y de las etapas del proceso de selección. Los cargos objeto de concurso son 744, de los cuales 317 son procuradores judiciales II (3PJ-EC), que se encuentran distribuidos en la planta de personal de la Entidad a nivel Nacional. Estos empleos se identifican según el código, grado, denominación y área de trabajo a la cual están asignados, y se clasifican por el número de convocatoria.
6. En la citada resolución No. 040 de 2015, *"por medio de la cual se da la apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer todos los cargos de procuradores judiciales de la entidad"*. En estas convocatorias, en ninguna de ella como se puede apreciarse, figura el cargo de Procurador Judicial II Penal de justicia y paz ; creado en virtud de la Ley 975 de 2015, artículo 35 y del Decreto 4795 de 2007, en tanto que si los incluyo dentro de los disponibles para ser provistos de la lista de elegibles.
7. Mediante Resolución 357 del 11 de julio de 2016, se establece la lista de elegibles a los cargos de Procurador Judicial II código y grado 3PJ- EC, dependencia Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en asuntos penales, y en el artículo segundo de la citada Resolución, no se genera una distinción entre los cargos de Procurador Judicial Penal, y Procurador Judicial II Penal de justicia y paz, creados en virtud de la Ley 975 de 2015, artículo 35 y del Decreto 4795 de 2007.
8. No existen publicación alguna en la página Web de la entidad accionada procuraduría General de la Nación, que indique que este cargo de Procurador Judicial II Penal JUSTICIA Y PAZ Código y Grado 3PJ-EC, creados en virtud de la Ley 975 de 2005, artículo 35 y del Decreto 4795 de 2007 y Procurador Judicial II Penal Código y

Grado 3PJ-EC, se equipare u homologuen, así se tengan ambos bajo seguimiento de la Delegada del Ministerio Público para asuntos Penales; razón por la cual ante la convocatoria en mención, no me inscribí en el concurso de méritos ni realicé las pruebas de conocimiento y otras de rigor, convencida de que el cargo que ya ostento en la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, no estaba sometido a concurso por no encontrarse incorporado legal, expresa y definitivamente a la planta de personal de esta entidad.

9. Los nombramientos, entonces, se han anunciado para los cargos de procuradores judiciales II, incluyendo el que actualmente ostento pese a que fue creado especialmente para asuntos de Justicia y Paz, son inminentes y con ellos se pone en grave peligro mis derechos fundamentales porque me encuentro actualmente librando una contienda jurídica ante la jurisdicción contencioso administrativa con la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante una acción de nulidad y restablecimiento de derecho. Obsérvese:

- Actualmente tengo 63 años de edad, pues nací el 26 de mayo de 1953, lo que indica que no estoy en la condición de retiro forzoso de conformidad con el artículo 128 del Decreto 1660 de 1978² y 149 de la ley 270 de 1996.

- Agote la etapa de reclamación administrativa ante COLPENSIONES, que ante mi solicitud de pensión de vejez, negó reconocer que era beneficiaria del régimen de transición, mediante la resolución N° VPB 33433 de 15 de abril de 2014.

- Por ello, acudí mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, correspondiendo conocer al JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL

² **ARTICULO 128.** La edad de retiro forzoso es de sesenta y cinco (65) años.

DE BARRANQUILLA, que mediante decisión de fecha 26 de mayo de 2016 resolvió "Declarase la nulidad de la resolución N° VPB 33433 del 15 de abril de 2015, expedida por Colpensiones... a título de restablecimiento del derecho, se ordena a Colpensiones, reconocer y pagar a la actora Myrian Acosta Hormechea... su pensión de jubilación con fundamento en el régimen especial establecido por la ley para la Rama Judicial y el Ministerio Público..."es decir, reconoció mi derecho a pensión de vejez de acuerdo a lo establecido en el Decreto 546 de 1997, especialmente en sus artículos 5 y 6, que establece la base de liquidación salarial en el último año de salario percibido. – Se aporta copia de la decisión-

- La decisión fue objeto de recurso de apelación por parte de COLPENSIONES, mediante unos argumentos livianos y formales que a la postre lo que hacen es prolongar mi angustia frente a mi estatus de pensionada que precisamente se reconoce en primera instancia. – Se anexa.

- El recurso de apelación corresponde ser resuelto por el Tribunal Administrativo del Atlántico, habiendo sido asignado M.P. JUDITH INMACULADA ROMERO IBARRA, con Rad. 08 001 33 33 01 010 2015 00174-01 JR. – Anexo acta de reparto-

10. Aún más dentro del mismo proceso, la magistrada ponente Dr. JUDITH ROMERO IBARRA, admitió el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en calidad de demandado en fecha **11 de agosto de 2016**, y consecuente con ello se están surtiendo los trámites de conformidad con el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, que a la letra dice:

"Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

1. El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

2. Si el recurso fue sustentado oportunamente y reúne los demás requisitos legales, se concederá mediante auto en el que se dispondrá remitir el expediente al superior, quien decidirá de plano si no se hubiese pedido la práctica de pruebas. Si las partes pidieron pruebas, el superior decidirá si se decretan según lo previsto en este Código.

3. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión.

4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. En las mismas oportunidades concedidas a las partes para alegar podrá el Ministerio Público presentar el concepto si a bien lo tiene.

5. En la audiencia de alegaciones y juzgamiento se aplicarán las mismas reglas establecidas para esa audiencia en primera instancia.

6. En la sentencia se ordenará devolver el expediente al juez de primera instancia para su obediencia y cumplimiento."

Lo anterior indica que la Litis que se trabó entre mi persona y COLPENSIONES, se encuentra ad portas de ser solucionado por la jurisdicción contencioso administrativa – TRIBUNAL ADMINISTRATIVA DEL ATLÁNTICO, Sala de decisión oral A, luego entonces una vez acabado el litigio con la emisión de la sentencia de segunda instancia, solo queda: **a)** Que COLPENSIONES cumpla el fallo y **b)** que se me incluya en nómina dentro del término establecido por la Corte Constitucional.

Luego, bajo las anteriores premisas fácticas y jurídicas lo que busco es una **protección transitoria** – dada mi condición de prepensionable – sin que ella irroque perjuicio a los pretensos integrantes de la lista de elegibles para ocupar el cargo que hoy ostento de procuradora judicial penal II 352 delegada ante el

Tribunal de Justicia y Paz de Barranquilla, ya que una vez resuelta mi situación laboral por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO y COLPENSIONES, que está cerca por cierto de seguro que me iré a disfrutar de mi pensión sin esperar el grotesco panorama de un retiro forzoso.

11. También la desvinculación del cargo que ocupó en la actualidad y por razón del concurso de méritos promovido por la procuraduría general de la Nación, cosa que no creo se dé por mis especiales condiciones de vulnerabilidad y estabilidad laboral reforzada, atentaría como se dijo *ut supra* contra el derecho fundamental al mínimo vital, ya que del salario que devengo tengo que pagar un crédito que hice en Banco Davivienda, la salud prepagada a Colmedica y también la de mis nietos Juan Pablo e Isabela Katia Puche, que son huérfanos de padre ya que mi hijo Henry Canedo Acosta, fue vilmente asesinado por dos sicarios el 19 de mayo de 2010, situación que también ha sido un ingrediente moral y afectivo que me obliga a contribuir económicamente en el sustento o manutención de estos menores de edad. Como prueba de este aserto, anexaré la documentación correspondiente. Sobre este derecho fundamental, dijo la Corte Constitucional que:

*"El **mínimo vital** es un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida".³*

12. Sobre la protección reforzada al prejubilable existen dentro de diferentes escenarios jurídicos múltiples protecciones, como el Tribunal Superior de Barranquilla, jurisdicción contencioso administrativa de esta misma urbe, Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y Consejo de Estado, pronunciamientos que anexaré a esta demanda para clarificar y oxigenar de manera muy respetuosa el norte que se ha tomado sobre este tema en nuestro país, en los cuales se les rinde culto a los principios filosóficos de un

³ Sentencia T-184/09. Corte Constitucional.

Estado Social, democrático y de derecho, en donde las actuaciones judiciales por razón del principio **pro homine** siempre tiende a adoptar una posición benéfica a los intereses del individuo con marcada debilidad o situación especial como medida relativa y reforzada para mantener su estabilidad laboral, hasta tanto cambie a otro sistema que le de igual protección a su vida digna, como sería la calidad de pensionado.

DERECHOS CUYO PROTECCION SE DEMANDA Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

La estabilidad laboral para las personas que están próximas a obtener el reconocimiento de la pensión de vejez ha sido jurisprudencialmente desarrollada con el objeto de efectivizar los derechos fundamentales a la igualdad, el trabajo, el mínimo vital y la seguridad social.

La Corte Constitucional explicó en relación con los empleos de provisionalidad que, quienes los ocupan no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de concurso de méritos – en el mismo sentido lo afirmó la Sentencia C – 233 de 2012 – no obstante, esto no es absoluto porque sí debe otorgarse un trato preferencial como *acción afirmativa*⁴ antes de efectuar el nombramiento de quienes conforman una lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales a grupos sociales especiales como las madres y padres cabeza de familia, pre pensionados o personas en situación de discapacidad. En un caso similar, la Corte expresó:

"Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la

⁴ En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 211 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-186 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU 446-2011, 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.

medida en que solo 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. 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 el 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;** 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” (Subrayado y negrillas fuera del texto original)*

En mi caso, se trata de la protección legal y constitucional por encontrarme próxima a pensionarme que genera una tensión entre dos derechos de raigambre constitucional, el primero de ellos se refiere al que le asiste al aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso de méritos y el segundo, a la protección que me asiste como empleada en provisionalidad con la especial condición de *prepensionada*, a los derechos que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que me dejaría en una seria y grave vulnerabilidad económica; relación que según explica la Corte Constitucional, en todo caso debe ser examinada mediante un ejercicio de ponderación que no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos, pero que tampoco pase por alto la situación especial que, como en mi caso, me asiste por estar ad portas de adquirir el reconocimiento de la pensión de vejez.

Por ello, lo que corresponde tanto a las autoridades administrativas como al juez constitucional, evitar la solución de continuidad entre el retiro del servicio que se pretende con el nombramiento en propiedad y la inclusión en la nómina de pensionados que tendría lugar una vez se resolviera mi situación pensional en la jurisdicción contenciosa administrativa, lo que materialmente no podría lograrse antes que se opte por el cargo que ocupo, porque es un proceso contencioso administrativo que naturalmente es demorado y conlleva el agotamiento de etapas que aún están por cumplirse. Sobre este aspecto señaló la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, lo siguientes:

"Esa tesis se fundamenta en las siguientes premisas: el reconocimiento de un derecho pensional, de acuerdo con lo establecido por esta Corporación⁵, 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 congestión 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"⁶.

Así, entonces, pregúntese Honorable Juez Constitucional:

¿Es la acción de tutela el mecanismo idóneo para precaver una afectación grave a mis intereses?

⁵ Cfr. SU-975 de 2003 (cita original).

⁶ Sentencia T-729 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

Sin duda alguna que lo es, porque es el único medio judicial que puede activarse como mecanismo transitorio ante el perjuicio irremediable de la afectación de mis derechos fundamentales frente a la pérdida del empleo cuando tengo 63 años de edad y aún se encuentra en vilo mi derecho a pensionarme porque COLPENSIONES, presentó recurso de apelación en contra de la decisión judicial que me había reconocido la pensión de vejez, prolongando la incertidumbre acerca de mi estatus pensional que sin duda me deja sin ingreso alguno para garantizar mi mínimo vital, dignidad humana, salud y demás derechos que se desprenden de la imposibilidad económica que se avista con la desvinculación del cargo que actualmente ocupo; si se realizara antes de que se resuelva judicialmente la pensión de vejez y se me incluya en nómina de pensionados.

Sobre esta procedencia, la Corte Constitucional sostuvo:

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"*⁷.

...

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,

⁷ Sentencia T-016 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo)

provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia⁸; por la novedad de esa jurisprudencia que apenas está formándose, pues todavía es muy reciente la norma⁹, 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.”
(Subrayas fuera del texto original)

En esta misma sentencia, la Corte Constitucional, ordenó: “*Dadas las circunstancias expuestas en el presente caso, y teniendo en cuenta la condición de prepensionada y madre cabeza de familia de la señora ..., 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 ..., 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.*”¹⁰

También la Corte Suprema de Justicia, ha orientado su criterio en el mismo sentido de proteger los derechos fundamentales de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad por prepensionabilidad

⁸ “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”.

⁹ 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).

¹⁰ Sentencia T- 326 de 2014. Corte Constitucional.

ante un concurso de méritos con el que se busca ocupar el cargo de manera definitiva, mírese:

"Así las cosas, es indiscutible, para esta Corporación que existe una tensión entre la estabilidad laboral reforzada del accionante, que ejerce un cargo público en provisionalidad, - por ostentar la condición de prepensionado, hecho que por demás, no fue desvirtuado por las entidades querelladas- empleo que a propósito, se ofertó a concurso público de méritos; y los derechos de ..., persona que se superó todas las etapas de la convocatoria 276 de 2013, y en consecuencia fue nombrada en el cargo que venía desempeñando Germán Arias Jurado.

En ese orden de ideas, y para ponderar los derechos que están en discusión, es preciso recordar que durante el trámite constitucional de primera instancia, la Comisión Nacional del Servicio Civil expresó:

«...los empleos en situación de vacancia definitiva, ocupados transitoriamente mediante nombramiento provisional o encargo, deben ser provistos definitivamente a través de las listas de elegibles que se generen, producto de un concurso de méritos, es lo cierto que, si la vacante se encuentra provista transitoriamente con un pre-pensionado o sujeto de especial protección constitucional, que ante su retiro puede ver afectado su mínimo vital, como se indicó al inicio del presente concepto, es deber de las unidades de personal de las entidades públicas, como administradoras de talento humano de la planta, tomar las medidas pertinentes para salvaguardar la estabilidad laboral del servidor, de la cual depende la eficacia de sus derechos». (Subrayado fuera del texto) [Folio 322, c. 2]

5. *Conforme a lo anterior, se extrae que era deber de la Contraloría General del Departamento Norte de Santander, previo a nombrar en periodo de prueba, en el cargo de profesional especializada Código 222 Grado 09 a ..., verificar la situación del servidor Germán Arias Jurado, quien por su condición de «pre-pensionado»¹¹ era sujeto de especial protección constitucional, escenario que no ocurrió, o por lo menos no se acreditó, vulnerándose así su mínimo vital, y su estabilidad laboral reforzada a la que tiene derecho.*

Téngase en cuenta, que si bien es cierto, la entidad en mención, afirmó que en el año 2013, informó a la CNSC que dos de los cargos ofertados, estaban provisionalmente ocupados por personas próximas a pensionarse, de todas formas su decir quedó sin respaldo probatorio, toda vez, que no aportó ningún medio de convicción, sobre tal aspecto.

¹¹ Se resalta que el accionante, según viene de verse, cumple con los presupuestos consagrados en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, pues al momento de emitirse el fallo de primera instancia, tenía 62 años de edad y 1260 semanas cotizadas.

6. Ahora bien, no significa lo anterior, que se estén desconociendo los derechos de las personas que superaron con éxito un concurso de méritos, por el contrario, esta Corte hace énfasis, en que la Contraloría accionada, debió adoptar las medidas tendientes a proteger tanto los derechos de carrera derivados del concurso, así como el derecho a la estabilidad laboral del pre-pensionado, pero como dicha situación no aconteció, era procedente el resguardo constitucional, que se otorgó en primera instancia.

Y no se diga, que el promotor del amparo tiene a su alcance otros medios de defensa, como acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues tal y como lo decantó la Corte Constitucional en la sentencia T- 326 de 2014, la acción de tutela es procedente en el presente caso y, «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».¹²

Pero también el Consejo de Estado ha protegido los derechos de los prepensionados cuyos derechos fundamentales son amenazados por nombramientos en propiedad de quienes han superado las etapas de un concurso de méritos para acceder a los mismos cargos en carrera, mírese también lo que dijo la Alta Corporación:

"En el sub lite se advierte que los documentos aportados demuestran la condición de pre pensionada, pues la señora ... tiene 58 años y 1.109, 31 semanas cotizadas -sin contar el bono pensional al que tiene derecho por haber laborado en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S.A.. Esa calidad no fue discutida por la entidad nominadora, por el contrario fue reconocida al reportarla a la CNSC en el año 2009 y al pedir la suspensión de la lista de elegibles.

De manera que no es consecuente la decisión de declarar insubsistente el nombramiento de la señora .., ya que la calidad de prepensionada otorga un tratamiento especial a la persona que desempeña un cargo en provisionalidad, en el entendido de que la entidad empleadora no puede desvincularla hasta cuando sea incluida en nómina de pensionados. Ese tratamiento surge de lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009, según el cual quien está próximo a pensionarse, esto es que le falten tres (3) años o menos para adquirir ese derecho, tiene una estabilidad laboral reforzada.

¹² Sentencia STC1809 de 2016 M.P. Ariel Salazar Jiménez, Sala Civil Corte Suprema de Justicia.

La señora... es un sujeto de especial protección constitucional beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada, de manera que conforme con la norma referida, se accederá al amparo invocado, ya que tiene una expectativa legítima de adquirir el derecho pensional.

Es claro además que el retiro del cargo que ocupaba la demandante le causó un perjuicio irremediable, puesto que quedó desamparada sin opción alguna de acceder a otra actividad laboral para sufragar las necesidades básicas, mientras Colpensiones le reconoce la pensión de vejez, más aún cuando por su edad es muy difícil optar por ocupar un cargo en cualquier entidad pública o privada.

Si bien es cierto, que la entidad nominadora está implementando el sistema de carrera, lo cual le otorga a quienes superaron el concurso un derecho legítimo de acceder a los cargos vacantes, es importante que al realizar las designaciones en periodo de prueba se verifique la especial condición de algunos de los funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad, como por ejemplo quienes están próximos a pensionarse, y que gozan de estabilidad reforzada, ya que su desvinculación los sometería a un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, la Sala revocará la decisión del a quo y, en su lugar, (i) amparará de manera transitoria los derechos al trabajo, estabilidad laboral reforzada, seguridad social y mínimo vital protegidos por la Constitución Política [arts. 25, 48 y 53], (II) dejará sin efectos el artículo tercero de la Resolución 000288 de 28 de junio de 2013 dictada por el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República, exclusivamente en lo que se refiere a la terminación del nombramiento en provisionalidad de la señora .. y (iii) ordenará al Fondo demandado que reintegre a la actora a un cargo de iguales o mejores condiciones al que venía ocupando a la fecha en que se dio el retiro del servicio, y hasta que Colpensiones reconozca la pensión de vejez a su favor y la incluya en nómina de pensionados, lo cual debe notificársele en debida forma, conforme con el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y la sentencia C-1037 de 2003 de la Corte Constitucional.¹³

El Tribunal Superior de Barranquilla, ante eventos similares como el que depreco se pronunció extendiendo la protección al mínimo vital de aquellas personas que son retiradas forzosamente por haber llegado a la edad de 65 años, hasta tanto se les reconozca la pensión dentro del término de seis meses como claramente lo dispone la Ley 270 de 1996, en otros casos muy puntuales y reconocida la pensión de vejez por parte de la entidad administradora de pensiones, la protección va hasta cuando el pensionado es incluido en nómina, sin distingo de término alguno.

También la jurisdicción administrativa ha concebido tal protección en iguales circunstancias y ello lo pruebo con los pronunciamientos del

¹³Radicación número: 25000-23-42-000-2013-03899-01(AC) 05 de febrero de 2015. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección cuarta C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia

Juzgado Octavo Administrativo Oral de Barranquilla, en la acción de tutela promovida por el ex Juez Carlos Guillermo Ochoa Torres, que fuera confirmada por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos relacionados, solicito al Honorable Tribunal, ordenar al señor Procurador General de la Nación, lo siguiente:

1. Conceder la protección constitucional a mis derechos fundamentales al mínimo vital, trabajo, seguridad social y vida digna, mediante la acción de tutela como mecanismo transitorio ante un perjuicio irremediable.
2. Ordenar a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, **abstenerse de posesionar** a la **Dra. Margarita Rosa de las Salas Ruiz**, en el cargo de Procuradora Judicial Penal II Código y Grado 3PJ-EC N° 352, que actualmente ostento en la Procuraduría General de la Nación, **o dejar sin efectos** el acto administrativo que la nombró **hasta tanto sea incluida en nómina de pensionados por COLPENSIONES, cuando sea resuelta la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, que actualmente se encuentra en segunda instancia.**

PRUEBAS

Con el fin de establecer la vulneración de mis derechos fundamentales me permito aportar las siguientes pruebas

1. Documentales
 - Fotocopia de cédula de ciudadanía
 - Decreto de Nombramiento N° 2912 de 2008

- Resolución N° VPB 33433 de 15 de abril de 2015 expedida por COLPENSIONES
- Sentencia de primera instancia proferida el 26 de mayo de 2016 por el JUZGADO DOCE ORAL ADMINISTRATIVO DE BARRANQUILLA
- Acta de Reparto de proceso administrativo de acción de nulidad y restablecimiento del derecho – segunda instancia – que actualmente se encuentra en el Tribunal Administrativo del Atlántico, M.P. JUDITH INMACULADA ROMERO IBARRA.
- Sentencia T-326 de 2014. Corte Constitucional
- Resoluciones del Tribunal Superior de Barranquilla.
- Sentencias de tutela de primera y segunda instancia en el caso del Dr. Carlos Guillermo Ochoa Torres, ex JUEZ DIECISEIS PENAL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA.
- Certificación de obligación crediticia con BANCO DAVIVIENDA S.A.
- Certificación expedida por COLMEDICA
- Resolución 040 de 2015 mediante la cual se convoca al concurso público de méritos.

COMPETENCIA

Son ustedes Honorables Magistrados competentes, para conocer del asunto, por la naturaleza de los hechos, en principio por el claro mandato del artículo 86 de la Constitución Política colombiana, cuando señala que: *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario..."* Vale decir que todos los jueces de la República tienen competencia para conocer de las acciones de tutela sin distingo de ninguna naturaleza.

No obstante, existen reglas de reparto de conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 de 2000, que habilita en nuestro caso al Consejo de Estado para que conozca de esta acción de tutela en el

entendido que es el superior funcional de los Tribunales Administrativos de todo el país y como quiera que inevitablemente se vincularía a esta acción al **Tribunal Administrativo del Atlántico**, ya que ante ese Despacho judicial se surte la alzada que en contra del fallo de primera instancia me diera la razón en mi aspiración a obtener el régimen de transición que fuera negada por la demandada COLPENSIONES, es apenas obvio que por ***pasiva*** debe involucrarse en las resultas de la presente acción.

JURAMENTO

Manifiesto al honorable Tribunal, bajo la gravedad de juramento, que no he interpuesto otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos aquí relacionados, ni contra la misma autoridad.

ANEXOS

- Una copia para el archivo del Despacho
- Los documentos que relacionó como pruebas

NOTIFICACIONES

- La parte accionada Procuraduría General de la Nación recibirá notificaciones en la carrera 5 N° 15-801 piso 27 de la ciudad de Bogotá.
- La suscrita recibirá notificaciones en la Calle 94 N° 50-21 de esta ciudad, o en la Calle 40 N° 44-80 piso 5° Oficina Procuraduría 352, al correo electrónico mfabregasaraujo@hotmail.com

Atentamente,

MIRIAM ACOSTA HORMECHEA

C.C. 33.133.696 de Cartagena Bolívar



mfabrega