



0000165

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

SENTENCIA DE TUTELA

Aprobada en Sala Ordinaria N° 094
San Juan de Pasto, 16 de septiembre de 2016

MAGISTRADO PONENTE:	ALVARO RAÚL VALLEJOS YELA
RADICADO:	5200111020002016 00590-00
ACCIONANTE:	MARIO CANAL ZARAMA
Accionada:	Procuraduría General de la Nación

Sentido de la sentencia: Se ordena tutelar los derechos reclamados por el accionante, al corroborar que ostenta la condición de prepensionado y que, por tanto, es sujeto de una protección laboral reforzada y su desvinculación pone en peligro sus garantías fundamentales.

I.- OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela de la referencia, promovida en contra de la Procuraduría General de la Nación.

II. ANTECEDENTES

2.1. Solicitud de amparo

Mediante escrito de 1ro de septiembre de 2016 el accionante presentó solicitud de tutela en la que manifestó que actualmente cuenta con cincuenta y nueve años de edad; que se desempeña como Procurador Judicial II Administrativo de la ciudad de Pasto; que previo a la iniciación del concurso para la provisión de los cargos de Procuradores Judiciales, la Procuraduría no adelantó ningún estudio de la planta de personal para establecer quienes pudieran ser objeto de retén social; que en el cargo en cual se desempeña se ha nombrado a una persona en su reemplazo pese a que, tiene la condición

Expediente de Tutela No. 5200111020002016 00590-00

Calle 19 2300, San Juan de Pasto - Nariño Teléfono 7226970



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

de prepensionado por faltarle, únicamente, el requisito de la edad para acceder a su pensión; que en el mes de enero de 2014 le fue diagnosticado cáncer de próstata habiendo sido intervenido el día 28 del mismo mes y año en la Fundación Santa Fe de la ciudad de Bogotá; que por dicho padecimiento aún está siendo tratado con el fin de realizar controles y exámenes de diagnóstico; que entre los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2015 fue sometido a 35 sesiones de radioterapia y en los meses de agosto y septiembre presentes deberá asistir a control mediante resonancia magnética; que, en razón a lo anterior, su desvinculación podría causar una vulneración de sus derechos al mínimo vital, a la salud y a la expectativa legítima de acceder a una pensión; que su única fuente de ingreso es su salario como Procurador Judicial; que su situación fue informada a la Procuraduría mediante derecho de petición de 17 de agosto de 2016; y que, con oficio de 30 de agosto de 2016, la Procuraduría le remitió instrucciones para hacer entrega de su cargo a partir del 1ro de septiembre de 2016, lo que implica que se habría negado la solicitud elevada con anterioridad.

En razón a lo anterior estima que se han vulnerado sus derechos al mínimo vital, a la igualdad, al empleo público y a obtener una pensión de jubilación; por lo que solicita que se reconozca su condición de prepensionado y, como consecuencia de ello, se disponga su reintegro al cargo u ordenar su reubicación en uno de igual o superior nivel, sin solución de continuidad, hasta tanto obtenga su pensión de jubilación.

2.2. Contestación de la entidad accionada

2.2.1. Procuraduría General de la Nación

Mediante escrito presentado por la Oficina Jurídica, la Procuraduría General de la Nación dio contestación a la acción de tutela manifestando que debería



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

vincularse al presente trámite a DIEGO BURBANO MUÑOZ quien fue nombrado, a través de Decreto 3299 de 8 de agosto de 2016, y posesionado, el día 2 de septiembre de 2016, en el cargo que venía desempeñando el actor; que, a partir de la sentencia C-101 de 2013, el cargo que ocupaba el accionante pasó a ser de carrera administrativa por lo que, actualmente se encontraba provisto en provisionalidad; que, pese a que el doctor CANAL ZARAMA tiene 59 años de edad, no se tiene certeza si en realidad ostenta la condición de prepensionado; que el derecho de petición que elevó el día 17 de agosto de 2016 fue respondido con el escrito del 31 del mismo mes y año; que la Corte Constitucional, en la sentencia C- 101 de 2013 ordenó proveer todos los cargos de Procuradores en propiedad sin que se hiciera distinción de ningún tipo, por lo que, acceder a la solicitud de amparo sería desconocer el mandamiento del máximo Organismo en materia constitucional; que, en razón a lo anterior, se expidió la Resolución 040 de 20 de enero de 2015 por la cual se dio apertura al proceso de selección, a través de 14 convocatorias, entre las que se encontraba la 004 de 2015, con la que se proveería el cargo del tutelante; que en dicho proceso de selección ya se elaboraron las listas de elegibles y en aplicación del artículo 217 del Decreto Ley 262 de 2000 ya se hicieron los nombramientos respectivos; que el actor se inscribió a la Convocatoria 004 de 2015 pero no superó la prueba de conocimientos; que el doctor CANAL ZARAMA dispone de otros medios de defensa, a través de la jurisdicción contencioso administrativa, para reclamar sus pretensiones lo que torna en improcedente la tutela; que no se trata de una persona que carezca de capacidades físicas o profesionales o que sólo dependa de su empleo en la Procuraduría, puesto que tiene especializaciones en derecho penal y docencia universitaria y 25 años de experiencia; que, conforme con su declaración de bienes y rentas, posee varios bienes y hace parte de reconocidas corporaciones, sociedades o asociaciones de prestigio, lo que implica que no es una persona sin alternativas económicas o que esté en una situación de



0000168

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

debilidad manifiesta o extrema vulnerabilidad; que conceder la tutela conllevaría afectar los derechos de DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ; que no se cumple con el requisito de inmediatez para la procedencia de la petición de amparo, en tanto, desde que se profirió la sentencia C-101 de 2013 sabía que su cargo iba a ser ofertado y provisto en propiedad y sólo tres años después interpuso la acción correspondiente; que la situación de salud del actor no puede derivar en una especial protección, pues la enfermedad que padece es de origen común; que no se ha demostrado que el petente tenga una limitación física o mental que le impida continuar con su vida laboral, ya que no existe certificación o documento alguno que demuestre la pérdida de su capacidad laboral; que lo anterior ha podido ser corroborado a través del Grupo de Gestión de la Seguridad Social y Salud en el Trabajo quienes informaron que no se ha abierto ningún expediente al respecto; que, precisamente, en atención a lo expuesto el doctor MARIO CANAL ZARAMA ha podido seguir ejerciendo sus labores; que no es posible desconocer el derecho adquirido por el concursante nombrado de la lista de elegibles; que si bien se ha reconocido que existen tres grupos de especial protección laboral los mismos no pueden permanecer de forma indefinida en sus cargos, pues sólo se ha establecido que estos serán los últimos en desvincularse; que no es posible desplazar a quien ganó legítimamente el concurso; que en este caso no existe posibilidad de maniobra para la Procuraduría en la medida que la lista de elegibles está conformada por 366 concursantes y sólo existían 208 vacantes; que si bien hay listas de elegibles con menos integrantes que el número de vacantes, no es factible desvincular a las personas que están en provisionalidad o movilizar un cargo de una sede a otra para reubicar al tutelante; que, además, el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000 señala que los cargos vacantes deberán ser provistos con los discentes de las demás convocatorias; que no se ha acreditado la ocurrencia de un perjuicio irremediable; que para el momento en que se hizo la convocatoria el peticionario contaba con 57 años

Expediente de Tutela No. 5200111020002016 00590-00

Calle 19 23-06, San Juan de Pasto - Nariño Teléfono 7226970



0000169

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

de edad, por lo que no tendría la condición de prepensionado; que en caso de que ya cumpliera con los requisitos para acceder a la pensión, no tendría la calidad de prepensionado sino de pensionado; y que, como se expuso, no se han adelantado actuaciones que vulneren los derechos del accionante por lo que solicita que rechace la tutela por improcedente o se nieguen sus pretensiones.

2.2.2. JESUS EDUARDO RODRIGUEZ OROZCO

El señor JESUS EDUARDO RODRIGUEZ OROZCO, quien se identificó como integrante de la lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial II Delegado para la Conciliación Administrativa, ubicado en el puesto 97 de la lista de elegibles de los 94 cargos ofertados, dio respuesta a la tutela afirmando que coadyuvaba la solicitud de amparo siempre y cuando la medida que se tome no afecte los derechos de las personas que hicieron parte del proceso de concurso y menos de ellos que ya fueron nombrados; que la lista de elegibles adquirió firmeza el 8 de julio de 2016 por lo que ya no puede ser suspendida como tampoco los nombramientos; que la dilación en las siguientes etapas del proceso de selección puede derivar en un perjuicio irremediable para los restantes concursantes que tienen aspiración de ser nombrados en cargos de convocatorias diferentes, como lo permite el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000; y que, por tanto, la única medida procedente, para proteger los derechos del actor, sería disponer que se lo vincule a un cargo deferente al de Procurador Judicial I o II, ya que estos sólo pueden ser provistos con las personas que integran las 14 listas de elegibles vigentes; o que la entidad accionada proceda a cotizar lo pertinente al sistema de seguridad social en salud y pensiones.



0000170

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

2.2.3 Diego Fernando Burbano Muñoz

Con escrito entregado el día 7 de septiembre de 2016, el doctor DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ, en su condición de actual Procurador 35 Judicial II, nombrado en reemplazo del accionante, dio contestación a la acción de tutela, en la que afirmó que no era posible desconocer el precedente jurisprudencial sobre la materia, en el que nunca se ha afectado el derecho de las personas que se han posesionado en virtud de una lista de elegibles; que resulta imposible realizar el reintegro del accionante por cuanto él ya tomó posesión de ese cargo el día 2 de septiembre de 2016; que desconocer esa situación vulnera la confianza legítima; que, conforme con lo dispuesto en el Decreto 1834 de 2016, la tutela debería ser remitida al Tribunal Superior de Bogotá donde fue conocida la primera acción por los mismos hechos; que al decretar la medida cautelar se desconoció el precedente jurisprudencial, se omitió hacer un ejercicio de ponderación sobre los derechos en conflicto, se pretermitió la carencia actual de objeto por daño consumado, no se tuvo en cuenta el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, se resolvió de antemano la pretensión de amparo y se afectó el principio de confianza legítima, su derecho a la igualdad y al mínimo vital de su hijo ALEJANDRO BURBANO LOZADA; que desde el día 1ro de septiembre de 2016 el Tribunal Superior de Cali aceptó su renuncia al cargo de Juez Civil Municipal de Cali; que tomó posesión como Procurador Judicial II, luego de haber aceptado el nombramiento realizado mediante Decreto 3299 de 8 de agosto de 2016; que el doctor MARIO CANAL ZARAMA ya hizo entrega de la oficina y los elementos de trabajo; que en desempeño de su cargo de Procurador ha intervenido en distintas diligencias judiciales; que, en virtud de su nombramiento como Procurador, su hijo fue retirado de su colegio en la ciudad de Cali y ya se matriculó en el colegio San Francisco Javier de la ciudad de Pasto; que la protección de los derechos fundamentales de las personas que ostentan la



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

calidad de prepensionados está subordinada al respeto de las listas de elegibles, más cuando se trata de un daño consumado, como en el presente caso, en el que ya se produjo la desvinculación del actor; y que desconocer el precedente fijado por la corte Constitucional en la Sentencia SU 446 de 2011, puede generar responsabilidades disciplinarias, penales y fiscales.

2.3. Material probatorio aportado al proceso.

Al expediente, el tutelante aportó las siguientes pruebas que son relevantes en la presente causa:

- ✓ Copia de una constancia de servicio expedida, el día 10 de julio de 2013, por parte del jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación.¹
- ✓ Copia de un certificado de tiempo de servicios expedido, el día 12 de marzo de 2013, por parte de la Coordinadora de Talento Humano de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Pasto.²
- ✓ Copia de su cédula de ciudadanía.³
- ✓ Copia de su Registro Civil de Nacimiento.⁴
- ✓ Copia de un extracto de su historia clínica.⁵
- ✓ Copia de un derecho de petición de fecha 17 de agosto de 2016, suscrito por el doctor MARIO CANAL ZARAMA y dirigido al Procurador General de la Nación.⁶
- ✓ Copia de las comunicaciones remitidas por la Procuraduría General de la Nación sobre el trámite de su derecho de petición.⁷

¹ Folio 10

² Folio 11

³ Folio 12

⁴ Folio 13

⁵ Folios 14 a 22

⁶ Folios 23 a 27

⁷ Folio 28



0000172

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

- ✓ Copia del oficio 4197 de 12 de agosto de 2016, por medio del cual, el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación agradece, al doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA, por los servicios prestados y le informa que en su reemplazo ha sido nombrado el doctor DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ.⁸
- ✓ Copia de su historia laboral como funcionario de la Rama Judicial.
- ✓ Copia del temario establecido para la aplicación de la prueba de conocimientos, dentro de la Convocatoria N°001 -2015 para Procurador Judicial II delegado para la Restitución de Tierras⁹.
- ✓ Copia de una cartilla de orientación al aspirante para la prueba de conocimientos y competencias comportamentales del concurso abierto para el ingreso de personal en los cargos de Procurador Judicial I y II.¹⁰

A su turno, la Procuraduría General de la Nación aportó copia de las siguientes piezas documentales:

- ✓ Copia de la Hoja de Vida del doctor MARIO CANAL ZARAMA.¹¹
- ✓ Copia de la declaración de bienes y rentas del doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA, suscrita el día 29 de junio de 2016.¹²
- ✓ Copia de una constancia expedida, el día 5 de septiembre de 2016, por la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación, en la que se da cuenta del nombramiento realizado al doctor DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ, como Procurador Judicial II.¹³
- ✓ Copia del acta de posesión 039 del doctor DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ, suscrita el día 2 de septiembre de 2016.¹⁴

⁸ Folio 29

⁹ Folio 12

¹⁰ Folios 13 a 28

¹¹ Folios 65 a 69

¹² Folio 70

¹³ Folio 71

¹⁴ Folio 72



0000173

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

- ✓ Copia del oficio 4823 de 31 de agosto de 2016, por medio del cual, la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación, dio contestación al derecho de petición elevado por el doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA.¹⁵
- ✓ Copia de un fallo de tutela proferido, el día 5 de septiembre de 2016, por el Tribunal Administrativo de Casanare.¹⁶

Por su parte, el doctor DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ adjuntó copia de los siguientes documentos, para que sean tenidos en cuenta como pruebas:

- ✓ Copia del oficio 351 de 30 de agosto de 2016, por medio del cual, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, le comunica al doctor DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ que se ha aceptado su renuncia, mediante Resolución N°129 de 30 de agosto de 2016.¹⁷
- ✓ Copia del acta de posesión del doctor DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ como Procurador Judicial 35 Judicial II de Pasto.¹⁸
- ✓ Copia de un recibo de matrícula del Colegio San Francisco Javier de Pasto, correspondiente al menor ALEJANDRO BURBANO LOZADA.¹⁹
- ✓ Copia del acta de la audiencia celebrada el día 6 de diciembre de 2016, por parte del Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, dentro del asunto 2016-00188.²⁰
- ✓ Copia de la conciliación extrajudicial celebrada, el día 7 de septiembre de 2016, por parte de la Procuraduría 35 Judicial II para Asuntos Administrativos, dentro de la radicación SC-4869 -16.²¹

¹⁵ Folios 73 a 75

¹⁶ Folios 76 a 94

¹⁷ Folio 111

¹⁸ Folio 112

¹⁹ Folio 113

²⁰ Folios 114 a 123

²¹ Folios 124 y 125



0000174

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

- ✓ Copia de la conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 7 de septiembre de 2016, por la Procuraduría 35 Judicial II para Asuntos Administrativos, dentro de la radicación 4876-16.²²
- ✓ Copia de la conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 7 de septiembre de 2016, por la Procuraduría 35 Judicial II para Asuntos Administrativos, dentro de la radicación 4875-16.²³
- ✓ Copia del registro civil de nacimiento del menor ALEJANDRO BURBANO LOZADA.²⁴
- ✓ Copia del acta correspondiente a la entrega de mobiliario, realizada por el doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA al doctor DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ.²⁵

III CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para conocer en primera instancia de la acción de tutela de la referencia, toda vez que se dirigió en contra de la Procuraduría General de la Nación.

3.2. Presupuestos procesales de la acción de tutela.

3.2.1. Legitimación activa.

El accionante se encuentra legitimado por activa, por tratarse de una persona natural que es titular de los derechos que reclama, de conformidad con lo

²² Folios 126 y 127

²³ Folios 128 a 130

²⁴ Folio 132

²⁵ Folios 133 y 134



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

0000175

previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991.

3.2.2. Legitimación pasiva.

La Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, se encuentra legitimada por pasiva para actuar dentro del proceso, por cuanto, a juicio del actor, es la entidad que ha vulnerado sus derechos fundamentales al disponer su desvinculación del cargo de Procurador 35 Judicial II en materia Administrativa, sin tener en cuenta que actualmente gozaría de una estabilidad laboral reforzada, por su condición de prepensionado.

3.3. Problema jurídico

De acuerdo con la situación fáctica planteada, corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, si efectivamente el doctor MARIO CANAL ZARAMA tiene la condición de prepensionado y, en caso de ser así, si con la desvinculación en el cargo para proceder al nombramiento de quien ganó el concurso de méritos en el cargo que ocupaba se le han vulnerado los derechos fundamentales invocados en el libelo tutelar, si es procedente acceder al amparo demandado y, en este evento, cuál es la orden que debe emitirse para salvaguardar los mencionados derechos sin afectar los derechos de terceros que han accedido o se encuentran por acceder a la carrera administrativa de la Procuraduría, luego de superar el concurso de méritos convocado para el efecto.



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

0000176

3.4. Precedente Jurisprudencial

La acción de tutela, se consagró en el artículo 86 de la Constitución Política y Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, como un mecanismo procesal complementario, específico y directo, que tiene por finalidad la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos sean violados o amenazados, por cualquier autoridad pública o, en ciertos eventos señalados por la ley, por los particulares.

La Corte Constitucional en repetidas ocasiones, ha señalado de forma clara que la acción de tutela solo podrá ejercerse, excepcionalmente, cuando existiendo otros medios de defensa judicial, estos no resulten eficaces para proteger los derechos conculcados, caso en el cual la tutela tendrá efectos definitivos; y cuando, a pesar de que existan otros mecanismos idóneos, mientras estos se ejecutan, se puede causar un perjuicio irremediable, ocasiones en las que la protección que ordene la tutela tendrá un carácter provisional.

Ahora, en los casos en que, como en el que ahora ocupa la atención de la Sala, la acción de amparo se interpone contra un acto administrativo de carácter particular y concreto, su procedencia resulta excepcional, ya que está supeditada a que se demuestre la probable ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Particularmente, en lo que concierne a la procedencia de la acción de tutela propuesta en contra de un acto administrativo de carácter particular y con el fin de solicitar el reintegro de una persona que se encuentra en una situación de protección laboral reforzada, la Corte Constitucional ha expuesto:

Expediente de Tutela No. 5200111020002016 00590-00

Calle 19 2300, San Juan de Pasto - Nariño Teléfono 7226970



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

0000177

"(...)Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que el mecanismo judicial previsto por el ordenamiento jurídico para controvertir los actos administrativos, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho,²⁶ ejercida ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Sin embargo, siguiendo lo expresado por esta Corporación en la sentencia T-186 de dos mil trece (2013), las acciones judiciales que se pueden ejercer ante esa jurisdicción en ocasiones no resultan idóneas para las personas próximas a pensionarse que ven amenazados sus derechos, quienes dependen económicamente del ingreso derivado del ejercicio de un cargo público. En dicha sentencia se indicó que ello se debe a:

"[...] que la duración usual de estos procesos excede ampliamente los requerimientos propios de la satisfacción del mínimo vital del afectado. Por ende, como lo ha señalado la Corte, dicha tesis de improcedencia "(...)se fundamenta en las siguientes premisas: el reconocimiento de un derecho pensional, de acuerdo con lo establecido por esta Corporación, 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 dos (2) a tres (3) meses o, en cualquier caso, en un término inferior a seis (6) meses. || No hace falta recurrir a estadísticas relacionadas con el nivel de congestionamiento o la duración en promedio de un proceso judicial para asumir que difícilmente la respuesta al problema jurídico podría producirse en menos de seis (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

²⁶ Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo". Artículo 138. *Nulidad y restablecimiento del derecho*. "Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel."



0000178

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

*restablecimiento del derecho) carecen de efectividad suficiente para la protección de los derechos fundamentales amenazados"*²⁷.

En ese sentido es claro entonces que frente a una persona que podría tener la condición de prepensionado no es factible exigirle que acuda ante la jurisdicción contencioso administrativa para procurar la defensa de sus derechos fundamentales, puesto que hacerlo conllevaría afectar su continuidad laboral, sus mesadas pensionales, su sustento y, por tanto, su mínimo vital, durante el tiempo que demora el ejercicio de la acción judicial ordinaria; lo cual adquiere una especial relevancia frente a sujetos que gozan de una estabilidad laboral reforzada.

En el *sub lite*, como se advirtió en el auto admisorio de la tutela, el doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA, podría tener la condición de prepensionado y, por tanto, sería un sujeto de especial protección laboral y constitucional; por lo que, por las circunstancias particulares de su caso, no resulta razonable exigirle acudir ante la jurisdicción ordinaria para salvaguardar sus garantías fundamentales y es procedente entrar a estudiar de fondo su solicitud de amparo, ya que, de no hacerlo, se podría poner en riesgo su mínimo vital y el derecho a continuar en el servicio público hasta que se consolide su estatus de pensionado.

No se puede entender de otra manera cuando se ha logrado constatar, a través de los documentos allegados al expediente, que el doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA no sólo es sujeto de especial protección por su probable condición de prepensionado, sino también por su estado de salud, en

²⁷ Sentencia T – 156 de 2014 – M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA



0000179

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

tanto, padece de una enfermedad catastrófica o de alto costo²⁸ que lo pone en una situación de mayor vulnerabilidad y debilidad manifiesta.

La anterior conclusión tiene sustento en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el cual se ha expuesto:

*"En este orden de ideas, concluye la Sala que, si bien por regla general la tutela no es procedente para solicitar el reintegro de un trabajador, puede suceder que esta sea la vía indicada para ventilar asuntos de esta naturaleza cuando quiera que de las circunstancias del caso concreto se observe que los mecanismos ordinarios no resultan eficaces para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales invocados. En el caso particular de los prepensionados, la edad y el hecho de que el antiguo salario sea el único medio de sustento de quien solicita la protección son indicadores de la precariedad de su situación y, en consecuencia, de la necesidad de que su asunto sea tramitado a través de un mecanismo judicial preferente y sumario como lo es el recurso de amparo."*²⁹

Siendo de esta forma, con el objeto de evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del actor, que, por las circunstancias particulares que rodean su caso, es un sujeto de especial protección constitucional, se procederá a examinar de fondo la petición de amparo.

3.5. Caso Concreto

El accionante solicita el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la igualdad y al empleo público, que habrían sido vulnerados

²⁸ Resolución 3974 de 2009 del MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

ARTÍCULO 1o. ENFERMEDADES DE ALTO COSTO. Para los efectos del artículo 1o del Decreto 2699 de 2007, sin perjuicio de lo establecido en la Resolución 2565 de 2007, téngase como enfermedades de alto costo, las siguientes:

(...)

e) Cáncer de próstata

(...)

²⁹ Sentencia T -357 de 2016 – M.P. JORGE IVAN PALACIO PALACIO



0000180

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

por la entidad accionada al ordenar su desvinculación del cargo de Procurador 35 Judicial II Administrativo y la provisión de su reemplazo, en virtud del concurso de méritos convocado por la Procuraduría para el efecto, sin tener en cuenta su condición de prepensionado.

Tal como se estableció en el acápite correspondiente al problema jurídico, inicialmente es necesario verificar si, efectivamente, conforme con el material probatorio recaudado hasta el momento, el doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA tiene la condición de prepensionado.

Para ello, de forma previa, es pertinente examinar la definición que, la Corte Constitucional, ha dado al término *prepensionado* y cuáles son los requisitos para considerar que una persona se encuentra en esa condición. Al respecto cabe hacer un recuento de la siguiente cita jurisprudencial:

*"las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez"*³⁰

Teniendo en cuenta la anterior definición, corresponde verificar si el doctor CANAL ZARAMA, le faltan tres años o menos para cumplir los requisitos que le permitirían acceder a su pensión. Sobre este aspecto debe tenerse en cuenta que, tal como lo ha afirmado el tutelante, en la solicitud de amparo, el doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA se encuentra en el régimen de prima media con prestación definida, por lo que para acceder a su pensión debe cumplir con los parámetros fijados en el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual establece lo siguiente:

³⁰ Sentencia SU897/12 – M.P. ALEXEI JULIO ESTRADA



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

ARTICULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.(...)

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el periodo de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se harán sobre el número de días cotizados en cada periodo.

(...)

En este sentido y dado que, con la copia de la cédula de ciudadanía se puede comprobar que el doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA cuenta con cincuenta y nueve años de edad; lo que implica que le restan un poco más de dos años para cumplir con el requisito contemplado en el numeral 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993; es preciso encaminarnos a determinar si acredita las demás exigencias para acceder a su pensión.



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

0000182

En lo que tiene que ver con el número de semanas cotizadas, si bien la Sala echa de menos que, pese a los requerimientos realizados a COLPENSIONES, no se allegó el record laboral del actor, lo cual daría una mayor seguridad sobre la acreditación de éste requisito; es posible afirmar que de conformidad con los documentos aportados por el tutelante, se ha logrado corroborar que hasta la fecha ha satisfecho dicho requerimiento para acceder a su pensión.

No podría entenderse de otra manera cuando, acorde con la documentación expedida por la Dirección Seccional de Administración Judicial, el doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA laboró al servicio de la Rama Judicial, de forma continua entre el día 16 de enero de 1981 y el día 30 de junio de 2009; y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento de una pensión se tendrá en cuenta "la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos".

Ahora, si bien entre el 30 de junio de 1982 y el 5 de julio del mismo año, no se registra un vínculo entre el actor y la Rama Judicial, ello no implica que haya acaecido la solución de continuidad o que el número de semanas cotizadas sea inferior, en tanto se trata de un periodo muy corto de cinco días.

Además, como puede observarse en los documentos allegados por el petente, en ninguno de los cargos que desempeñó en la Rama Judicial figuran "INTERRUPCIONES LABORALES NO REMUNERADAS (para cada periodo)"; y es, precisamente, por ello que en los registros existentes, desde el año 1999, la cotización a pensión, en todos los meses, se hace por treinta días, a excepción de los meses de enero, cuando, por la vacancia judicial, la cotización se hace

Expediente de Tutela No. 5200111020002016 00590-00

Calle 19 23-00, San Juan de Pasto - Nariño Teléfono 7226970



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

por veinte días, por cuanto, el periodo faltante se paga en el mes de diciembre anterior.

En ese sentido, sin contar con el número de semanas cotizadas en la Procuraduría General de la Nación, por parte del actor, se tiene que el doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA, habría laborado por veintiocho años en la Rama Judicial, de manera ininterrumpida, lo que equivale a cotizar un total de más de mil cuatrocientas semanas.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es posible concluir que el doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA tiene la calidad de prepensionado, ya que, a la fecha, acredita el requisito de semanas cotizadas para acceder a su pensión, quedando, únicamente, pendiente cumplir la edad de sesenta y dos años, lo cual ocurrirá en un plazo inferior a tres años.

Puesto de esta manera, deviene innegable que el actor tiene la condición de prepensionado, de conformidad con los parámetros establecidos en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la medida que, se reitera, sólo le resta adquirir la edad necesaria para hacerse acreedor al reconocimiento de la pensión, requisito que cumpliría en menos de tres años.

Sobre este punto debe precisarse que se equivoca la Procuraduría cuando afirma que el doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA no tiene la condición de prepensionado en razón a que, para el momento en que se publicó la Convocatoria del Concurso de méritos, le faltaban más de tres años para acceder a la pensión; ya que, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia SU - 897 de 2012, el límite temporal de tres años se "contará (...) a partir del momento en que se determine la efectiva y real supresión del cargo, siendo este el momento determinante para la



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

configuración o no de la garantía en cada caso concreto". En otras palabras, para verificarse la calidad de prepensionado del accionante, no podía tomarse como punto de partida la fecha en que se publicó la convocatoria al concurso de méritos, sino el instante en que se produjo su desvinculación del cargo de Procurador 35 Judicial II, es decir, el día 2 de septiembre de 2016; lo que permite confirmar que en este momento le faltan menos de tres años para solicitar el reconocimiento de una asignación pensional y que, en consecuencia, ostenta la condición reclamada.

Establecido, entonces, que el tutelante tiene la condición de prepensionado, es necesario hacer un recuento de cuáles son los derechos y garantías de las que gozan las personas que tienen dicha calidad, concretamente, cuando su cargo ha sido sometido a concurso de méritos, establecer si los mismos fueron vulnerados por la accionada y, por tanto, si procede el amparo constitucional demandado. Al respecto el Órgano Constitucional de Cierre ha señalado lo siguiente:

"Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, y es además sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia, funcionarios que están próximos a pensionarse o funcionarios que padecen discapacidad física, mental, visual o auditiva, "concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa".³¹

Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de concurso de

³¹ Sentencia T-186 de 2013 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).



0000185

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

méritos, si debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa,³² antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2° y 3° del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P) y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.).³³

3.4. En relación con el tema, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011,³⁴ esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de personas con disminución física, sensorial o psíquica, madres y padres cabeza de familia o prepensionados. (...)

3.5. Pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera con observancia de los requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, la sentencia en cita señaló que deben respetarse los derechos fundamentales de aquellos funcionarios que están en condición de vulnerabilidad. Se sostuvo al respecto:

"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

³² Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011 en la cual la Corte no amparó los derechos de las personas que ocupaban cargos en provisionalidad, en situación de debilidad manifiesta y que habían sido remplazados por empleados de carrera en la Fiscalía General de la Nación. Aun así, en dicha ocasión la Corporación planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

³³ Al respecto, ver, entre otras la sentencia T-462 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez) y la SU-466 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SV. Jorge Iván Palacio y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SPV. Humberto Antonio Sierra Porto)

³⁴ (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto, AV Luis Ernesto Vargas Silva)



0000186

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad""³⁵.

En razón a lo anterior, dado que se ha corroborado la condición de prepensionado del actor, para la Sala es claro que su desvinculación del cargo que venía desempeñando en la entidad accionada deriva en una vulneración de los derechos fundamentales que le corresponden por tener la mencionada condición.

Sin embargo, debe advertirse que en el *sub júdice* se presentan circunstancias particulares que hacen necesario realizar un ejercicio de ponderación de derechos fundamentales antes de proceder a pronunciarse sobre la protección requerida. Como se ha podido verificar en el presente trámite, en virtud del concurso de méritos adelantado por la Procuraduría General de la Nación, el día 2 de septiembre de 2016, el doctor DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ, tomó posesión del cargo de Procurador 35 Judicial II, cargo que venía ocupando el doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA, lo cual implica que al momento de proferir la presente providencia, el accionante ya se encuentra desvinculado del servicio público y su cargo ya ha sido provisto en propiedad, situaciones que deben ser consideradas como elementos de juicio trascendentes para adoptar las determinaciones que correspondan.

En ese entendido, teniendo en cuenta la mencionada circunstancia acaecida en el trámite de la presente acción, no puede pasarse por alto que frente al doctor DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ se han consolidado unos derechos laborales, derivados de la carrera administrativa, que no son susceptibles de ser desconocidos por cuanto se estaría desconociendo el principio de la confianza legítima que le asiste a todos los ciudadanos frente a las decisiones de las

³⁵ Sentencia T- 156 de 2014 – M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA



0000187

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

autoridades administrativas, concretamente, en este caso, frente a un acto administrativo de nombramiento emanado de la Procuraduría, dentro de un concurso de méritos; por lo que no sería factible, en este momento, disponer el reintegro del doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA al cargo que venía desempeñando anteriormente, en la medida de que una determinación semejante desconocería los derechos también fundamentales de quien, por méritos, fue nombrado en su reemplazo.

Lo anterior, por cuanto, como lo ha dicho la Corte Constitucional, respecto a las personas que hacen parte de la lista de elegibles y más aún de quienes ya han sido nombrados y posesionados de un cargo de carrera administrativa, se generan derechos ciertos e indiscutibles que deben ser reconocidos.

Por tal motivo, frente a este conflicto suscitado entre los derechos de la persona que goza de una estabilidad laboral reforzada y los de aquella que ha accedido a un cargo a través de un proceso de concurso, es necesario realizar un ejercicio de ponderación y buscar una solución donde se apliquen los principios de máxima protección y mínima afectación, en cuanto sea posible, de los derechos de las partes afectadas. En lo atinente a este punto, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

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



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica³⁶.

En la sentencia T-186 de 2013³⁷ se consideró que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. Al contrario, se planteó la necesidad de que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, que no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello enfatizó en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad de que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados, y (ii) la obligación de que estas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante.

6.2. En cuanto a lo primero, la Corte ha insistido en que la interpretación mecánica y aislada de las normas de carrera administrativa no es acertada, porque puede llegar a afectar derechos constitucionales que a su vez tienen la misma fundamentación superior que el mérito como mecanismo para el acceso a los empleos del Estado. Esta interpretación razonable implica, necesariamente, que la autoridad debe incluir entre su análisis de la regla legal de la carrera administrativa, todas aquellas variables relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales del aspirante y de quien ejerce el cargo en condición de provisionalidad. Esto con el fin de evitar que una maximización de alguno de estos derechos permita llegar a resultados manifiestamente injustos, entre ellos los que significan la grave afectación de las posiciones jurídicas que la Constitución garantiza a los sujetos de especial protección.

(...)

³⁶ Ver sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). En esta ocasión correspondió a la Sala Novena de Revisión resolver dos problemas jurídicos diferenciados: i) determinar si las medidas de estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos que son sujetos de especial protección constitucional, como sucede con aquellas personas próximas a pensionarse o las madres cabeza de familia, operan cuando la remoción de dichos servidores responde a los resultados del concurso público de méritos para el acceso al empleo que desempeñaban en provisionalidad, y, en caso afirmativo, ii) establecer si se vulneran los derechos constitucionales al mínimo vital, a la igualdad material y a la estabilidad laboral reforzada, cuando la Administración decide remover de su cargo al servidor público que ejerce el empleo en provisionalidad y que tiene la condición de sujeto de especial protección constitucional, en razón de los derechos de carrera administrativa de quien accede al empleo por concurso de méritos. Concluyó que “el Incoder actuó al margen de su deber constitucional de garantía de los derechos de la actora, en su condición de sujeto de especial protección constitucional, para privilegiar una interpretación literalista, y por ende desproporcionada, de las normas de carrera. Ello debido cuando, a pesar de tener la posibilidad fáctica y jurídica de garantizar el acceso al empleo público de todos los aspirantes que integraban la lista de elegibles y, simultáneamente conservar la estabilidad laboral de la ciudadana Orozco Lozano, decidió retirarla del cargo”. En consecuencia, confirmó la decisión de segunda instancia, que protegió los derechos fundamentales de la accionante.

³⁷ MP Luis Ernesto Vargas Silva.



0000189

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

6.3. La interpretación razonable de las normas sobre carrera administrativa, de conformidad con las posiciones expuestas, se funda en la evaluación de las diversas alternativas de decisión en cada caso concreto, de modo que se llegue a aquella opción que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales, entre ellos los relacionados con la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección y los que se predicen del aspirante que supera satisfactoriamente el concurso público de méritos.

En esta premisa se funda el segundo argumento que ha permitido a la Corte adelantar la ponderación entre derechos antes explicada. De tal modo, se ha considerado que la definición acerca del acceso del ganador del concurso de méritos al empleo público, que en todo caso es un derecho constitucionalmente prevalente, debe definirse de forma que consulte condiciones objetivas y no de manera aleatoria. Esto significa, en concreto, que en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada, particularmente porque se está ante la pluralidad de cargos, sin que todos ellos hayan sido provistos por el concurso, la autoridad administrativa estará obligada a preferir una solución razonable, basada en la protección simultánea de los derechos constitucionales del aspirante y del prepensionado³⁸.

6.4. A partir de las posiciones fijadas por diferentes salas de revisión de tutelas, se puede concluir que (i) la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una

³⁸ Estas fueron las consideraciones plasmadas en la sentencia T-729 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), reiteradas en las sentencias T-017 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-289 de 2011 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez). En el primer fallo, se estudió el caso de un ciudadano que se desempeñaba en provisionalidad en el cargo de Delegado Departamental en la Registraduría Nacional del Estado Civil y quien había sido desvinculado del mismo porque el empleo que ocupaba fue provisto en propiedad mediante concurso público de méritos, a pesar de que con acompañamiento de la propia entidad, el funcionario había radicado la solicitud de pensión de jubilación ante Cajanal. La Corte constató que se conformó una lista de elegibles de cuarenta y tres (43) personas para la provisión de sesenta y cuatro (64) cargos de Delegados Departamentales que habían sido ofertados a través del concurso de méritos, por lo que al no haberse proveído en propiedad todos los empleos, la Administración no podía decidir al azar qué personas iban a ser removidas, ni tampoco desvincular a todas las personas que se encontraran en provisionalidad, pues debía considerar las circunstancias particulares de cada caso, como el del accionante, quien por tener en trámite su solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación hacía parte de un grupo vulnerable, en tanto la desvinculación de su trabajo podía implicar la solución de continuidad entre los ingresos recibidos como contraprestación al trabajo y el goce efectivo de sus mesadas pensionales. En las sentencias recién citadas, T-729 de 2010, T-017 de 2012 y T-289 de 2011, las salas de decisión concedieron la protección de los derechos fundamentales de personas próximas a pensionarse que ejercían cargos en provisionalidad y que, en virtud de la provisión del empleo por concurso público de méritos, fueron retirados de sus cargos. En cada uno de estos eventos, se concluyó que si bien el acceso al empleo mediante concurso está ordenado por la Constitución y guarda perfecta consonancia con los fundamentos del Estado social y democrático de Derecho, las normas de carrera debían interpretarse de forma razonable y proporcionada, de cara a la protección de los derechos fundamentales de los *prepensionados*, máxime cuando se evidenciaba que la Administración tenía un margen de maniobra en la asignación de cargos, debido a su pluralidad, en donde la exclusión de los accionantes de sus empleos, si bien era una medida constitucionalmente justificada, no era necesaria.



0000190

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preeminente de esa modalidad de provisión de cargos; (ii) sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse y, a su vez, concurre un margen de maniobra para la Administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles correspondiente³⁹, y (iii) una decisión en este sentido se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección." ⁴⁰

De este modo, aun cuando el Tribunal Constitucional ha indicado que: "aquellos funcionarios provisionales que ostentan la condición de prepensionados tienen derecho a permanecer en sus empleos hasta tanto causen su derecho a la pensión"⁴¹, en el caso bajo estudio, deben respetarse los derechos de la persona que ha entrado a ejercer como Procurador 35 Judicial II y brindar una solución que permita, simultáneamente, garantizar los derechos fundamentales de las dos partes.

Cabe aclarar, sobre este aspecto que no le asiste la razón al doctor BURBANO MUÑOZ cuando aseguró que en el *sub lite* se estaría ante la carencia actual de objeto por la ocurrencia de un daño consumado; en tanto, si bien el doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA ya fue desvinculado de la entidad accionada, aún no ha acaecido un perjuicio que no pueda ser reparado y, por tanto, es posible e indispensable tomar las medidas necesarias para

³⁹ Esta alternativa no le es ajena al legislador, ya que en el parágrafo 2° del artículo 1 del Decreto 1894 de 2012, señaló: "Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por: || 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad. || 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. || 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. || 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical".

⁴⁰ Sentencia T- 326 de 2014 – M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

⁴¹ Sentencia T-156 de 2014 – M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA



0000191

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

salvaguardar sus derechos al mínimo vital, a la igualdad y a la seguridad social reclamados.

Ahora, para arribar a una solución que se encuentre acorde con los derechos fundamentales del peticionario como con los del doctor BURBANO MUÑOZ y, además, que su cumplimiento sea viable, debe tenerse en cuenta la siguiente tabla, elaborada con datos obtenidos de la página web de la Procuraduría General de la Nación, en la que se puede observar la cantidad de cargos de Procuradores Judiciales II que, previo al concurso, se encontraban por proveer y el número de personas que conforman la lista de elegibles para ocupar esas vacantes:

CONVOCATORIA	VACANTES	Número de personas que conforman la lista de elegibles
001	23	21
002	31	28
003	12	14
004	208	366
005	14	11
006	94	204
007	45	97

Siendo de esta manera, es palmario que existen Convocatorias para proveer los cargos de Procuradores Judiciales II, en los que las vacantes superan el número de personas que conforman la lista de elegibles, lo que implica que, una vez hechos todos los nombramientos, quedarían cargos por proveerse, en los cuales podría nombrarse al actor.

Puesto de esta manera, en consideración a que para todos los cargos de Procuradores Judiciales II se exigían los mismos requisitos, los cuales cumple el



0000192

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

accionante; y que, una vez nombrados todas las personas de las listas de elegibles de cada una de las Convocatorias, subsistirán vacantes; con el fin de tutelar los derechos invocados por el doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA, se ordenará a la Procuraduría General de la Nación que proceda a designarlo en uno de aquellos empleos que no sean provistos con las listas de elegibles propias de cada Convocatoria o en una vacante igual o similar al que venía desempeñando, vigente al momento del presente fallo, hasta que sea incluido en la nómina de pensionados de COLPENSIONES; dentro del margen de maniobra de la entidad accionada, siempre y cuando el accionante presente la solicitud de pensión oportunamente, es decir, una vez cumpla con el requisito de la edad.

Debe advertirse, sobre este punto que, si bien, acorde con el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000⁴²; los aspirantes que conformaban una lista de elegibles y no alcanzaron a ser nombrados en la Convocatoria para la cual participaron, pueden ser designados en otros cargos que aún se hallen vacantes; respecto a estas personas no se ha generado un derecho cierto e indiscutible, sino una mera expectativa que no puede oponerse frente a la protección laboral reforzada de la que goza el actor, por su condición de prepensionado.

⁴² **ARTÍCULO 216. Lista de elegibles.** Formarán parte de la lista de elegibles para el empleo correspondiente los concursantes que obtengan, un puntaje total igual o superior al 70% del máximo posible en el concurso.

La lista de elegibles se elaborará en riguroso orden de mérito. Tendrá vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su publicación y deberá estar contenida en resolución proferida por el Procurador General.

La provisión de los empleos objeto de convocatoria será efectuada con quien ocupe el primer puesto en la lista y en estricto orden descendente.

La lista deberá fijarse en donde se publicaron los demás actos expedidos dentro del proceso de concurso.

Quienes obtengan puntajes totales iguales tendrán el mismo puesto en la lista de elegibles. Si esta situación se presenta en el primer lugar, el nombramiento recaerá en quien haya obtenido el puntaje superior en la prueba de conocimientos y si el empate persiste, en quien demuestre haber cumplido con el deber de votar en las elecciones públicas inmediatamente anteriores. Si no se puede dirimir el empate, el nominador escogerá discrecionalmente.

Efectuados los respectivos nombramientos para proveer los empleos objeto de la convocatoria u otros iguales a éstos, se retirarán de la lista de elegibles los servidores en los que hayan recaído dichos nombramientos, salvo que no hayan aceptado o no se hayan posesionado por razones ajenas a su voluntad. El nominador deberá utilizar las listas en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos, o en empleos de inferior jerarquía. En este último caso, la no aceptación del nombramiento no constituye causal para la exclusión de la lista de elegibles.



0000193

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

Sobre este punto debe precisarse que sólo se considera una expectativa, en la medida que el Órgano Constitucional de Cierre ha sido consistente en afirmar, respecto a la lista de elegibles, que el derecho se consolida para la persona que se encuentra en el primer lugar y que, por tanto, su configuración "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer"⁴³. En otras palabras, dado que los concursantes que aspiran a ser nombrados en las vacantes que persistan en Convocatorias diferentes a las que se inscribieron, no ocuparon el primer lugar en la lista de elegibles, aun cuando tienen una expectativa legítima, carecen de un derecho consolidado y, por tanto, frente a su situación prevalecen los derechos de una persona que, como el actor, disfruta de una estabilidad laboral reforzada.

Finalmente, debe señalarse que existe una responsabilidad de parte de la Procuraduría General de la Nación, en la vulneración de los derechos del tutelante, que no puede desconocerse, ni puede justificarse, como se ha pretendido hacer, en el mandato contenido en la sentencia C-101 de 2013, proferida por la Corte Constitucional. Dicho de otra forma, deviene inadmisble que la entidad accionada trate de evadir su responsabilidad bajo el argumento de que Tribunal Constitucional no hizo ninguna distinción al ordenar que todos los cargos de Procuradores Judiciales debían ser provistos en propiedad; en tanto, como representante de los derechos de la sociedad, dicha entidad debe conocer el precedente jurisprudencial y las nociones mínimas de derecho constitucional que le imponían la obligación de adelantar el proceso de concurso, respetando los derechos y garantías de las personas que se encontraban protegidas bajo una estabilidad laboral reforzada y en condiciones que los hacían sujetos de especial protección.

⁴³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-913 del 11 de diciembre de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez., pág 134.



0000194

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

Al margen de lo expuesto, ha de advertirse al doctor DIEGO BURBANO MUÑOZ que si bien, la defensa de sus intereses puede hacerla de manera vehemente, ello no da lugar a que manifieste su desacuerdo con las providencias proferidas, acusándolas de ser proferidas con "Laxitud y ambigüedad"; de defraudar "FLAGRANTEMENTE LA CONFIANZA LEGITIMA" y de carecer de "una mínimo (sic) ejercicio de ponderación entre los derechos en conflicto". En el mismo sentido es inadmisibles que con el fin de hacer prevalecer su posición acuda a comentarios descomedidos y despectivos en contra de los demás intervinientes, tales como: "resulta insólito, que quien ocupó durante largos años un cargo al que accedió por política y en virtud de amiguismo que carcome a éste país, tenga valor para atacar a quienes huérfanos de padrinazgos políticos hemos logrado abrirnos campo en el servicio público"; puesto que ello va en contravía del debido respeto a la administración de justicia que él, no sólo como actual Procurador sino también como ex funcionario de la Rama Judicial, tiene que conocer y acatar. Por lo tanto, se exhortará y se llamará la atención al doctor DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ para que, en lo sucesivo, modere sus expresiones y guarde el debido respeto con los servidores judiciales.

En mérito de lo expuesto, la Sala Dual Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONCEDER el amparo de los derechos reclamados^{por} el actor, y, en consecuencia, ORDENAR a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN que, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a designar, en provisionalidad, al doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA en uno de los cargos de Procuradores Judiciales II que no sean provistos con las listas de elegibles propias de cada Convocatoria

Expediente de Tutela No. 5200111020002016 00590-00

Calle 19 23-06, San Juan de Pasto - Nariño Teléfono 7226970



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

Al margen de lo expuesto, ha de advertirse al doctor DIEGO BURBANO MUÑOZ que si bien, la defensa de sus intereses puede hacerla de manera vehemente, ello no da lugar a que manifieste su desacuerdo con las providencias, acusándolas de ser proferidas con "Laxitud y ambigüedad"; de defraudar "FLAGRANTEMENTE LA CONFIANZA LEGÍTIMA" y de carecer de "una mínimo (sic) ejercicio de ponderación entre los derechos en conflicto". En el mismo sentido es inadmisibles que con el fin de hacer prevalecer su posición acuda a comentarios descomedidos y despectivos en contra de los demás intervinientes, tales como: "resulta insólito, que quien ocupó durante largos años un cargo al que accedió por política y en virtud de amiguismo que carcome a éste país, tenga valor para atacar a quienes huérfanos de padrinazgos políticos hemos logrado abrirnos campo en el servicio público"; puesto que ello va en contravía del debido respeto a la administración de justicia que él, no sólo como actual Procurador sino también como ex funcionario de la Rama Judicial, tiene que conocer y acatar. Por lo tanto, se exhortará y se llamará la atención al doctor DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ para que, en lo sucesivo, modere sus expresiones y guarde el debido respeto con los servidores judiciales.

En mérito de lo expuesto, la Sala Dual Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONCEDER el amparo de los derechos reclamados por el actor, y, en consecuencia, ORDENAR a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN que, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a designar, en provisionalidad, al doctor MARIO FERNANDO CANAL ZARAMA en uno de los cargos de Procuradores Judiciales II que no sean provistos con las listas de elegibles propias de cada Convocatoria



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

o en un empleo vacante igual o similar al que venía desempeñando, dentro del margen de maniobra de la entidad accionada, hasta que sea incluido en la nómina de pensionados de COLPENSIONES; siempre y cuando el accionante presente la solicitud de pensión oportunamente, es decir, una vez cumpla con el requisito de la edad.

SEGUNDO.- EXHORTAR Y LLAMAR LA ATENCION al doctor DIEGO FERNANDO BURBANO MUÑOZ para que, en lo sucesivo, modere sus expresiones y guarde el debido respeto con la administración de justicia.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE ésta decisión por el medio más expedito al accionante, a la entidad accionada y a las personas vinculadas. Con el fin de que todas las personas que consideren haber sido afectadas con el presente fallo, disponga de la posibilidad de controvertirlo, la Procuraduría General de la Nación deberá publicarlo, de forma inmediata, en su página web.

CUARTO.- Esta decisión podrá ser impugnada ante esta Sala para ser resuelta por el Superior.

QUINTO.- Si el fallo no fuese impugnado, **REMÍTASE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALVARO RAÚL VALLEJOS YELA

Magistrado Ponente

GLORIA ALCIRA ROBLES CORREAL

Magistrada

MABEL PATRICIA GUERRERO ERASO

Secretaria

Expediente de Tutela No. 5200111020002016 00590-00

Calle 19 2300, San Juan de Pasto - Nariño Teléfono 7226970