



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Laboral

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL

Expediente No. 11001 22 05 000 2016 01508 02

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Bogotá D.C., quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

AUTO

Con el fin de evitar futuras irregularidades en el trámite de la acción de tutela, **previo a imponer las sanciones del caso, SE REQUIERE** al abogado **Clodomiro Rivera Garzón**, como apoderado de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN para que cumpla la siguiente orden:

a. Comunicar a quien fue nombrado en período de prueba en el empleo público que ostentaba el aquí accionante **Luis Francisco Calvete Ribero – ‘Procurador 349 Judicial II Penal’** en Medellín o, en su defecto quienes hacen parte de la lista de elegibles para proveer los cargos de PROCURADOR JUDICIAL para proveer dichos cargos, en caso de no haberse aceptado el cargo, por el medio más expedito, con copia del traslado de la acción de tutela, a fin de que puedan intervenir en el trámite dentro del término antes mencionado.

Comuníquese a la parte accionante por telegrama, y a la entidad accionada por correo electrónico, previa advertencia de que las órdenes anteriores deberá acreditarlas en el término de 1 día hábil, so pena de imponer sanciones.

Para el efecto, se podrá dar respuesta, para mayor agilidad, al correo electrónico oficinadetutelasslsb@gmail.com

CÚMPLASE,

República de Colombia



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Laboral


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

TSB SECRET S. LABORAL
SEP 15 16 PM 12:12

HONORABLES MAGISTRADOS 25985

TRIBUNAL DISTRITO JUDICIAL - REPARTO

E. S. D.

16 AUG 30 PM 3:54
RECIBIDO POR
Secretaría-Sala Laboral

REF.: TRAMITE: ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONADOS: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

ACCIONANTE: LUIS FRANCISCO CALVETE RIBERO
C.C. 14.993.615

ORIGINAL

JUAN GUILLERMO CÓRDOBA CORREA, mayor de edad, abogado en ejercicio, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando como apoderado del doctor **LUIS FRANCISCO CALVETE RIBERO**, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. **14.993.615**, acudo ante su digno despacho con el fin de interponer ACCIÓN DE TUTELA, contra **LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, con el objeto de que se protejan mis derechos constitucionales fundamentales, amenazados, vulnerados, tales como, seguridad social, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada entre otros, con fundamento en los siguientes:

HECHOS:

1. El doctor **LUIS FRANCISCO CALVETE RIBERO**, fue nombrado en virtud del **Decreto 2937 del 27 de noviembre de 2009**, como **Procurador 349 Judicial II Penal de Medellín**, código **3 PJ-GRADO EC**, cargo creado en virtud de **Ley 975 de 2005, artículo 35 y del Decreto 4795 de 2007** y que ostenta en la actualidad. (Ver Anexo Decreto 2937 del 27 de noviembre de 2009)
2. El doctor **LUIS FRANCISCO CALVETE RIBERO**, a la fecha de presentación de esta Tutela, ya tiene reconocido su derecho pensional por parte de COLPENSIONES, según se desprende de la Resolución GNR 55501 del 22 de febrero de 2016. (Ver Anexo Resolución GNR 55501 del 22 de febrero de 2016)

3. La Resolución de reconocimiento pensional, Resolución GNR 55501 del 22 de febrero de 2016, no se encuentra en firme, ya que mi prohijado interpuso recurso de apelación por no estar conforme con lo allí resuelto. (Ver Anexo Recurso Apelación radicado bajo el No. 2016_3200286)
4. La pensión reconocida a mi prohijado, mediante Resolución GNR 55501 del 22 de febrero de 2016, quedo en suspenso hasta tanto se acredite el retiro definitivo del servicio público de este (Ver Anexo Resolución GNR 55501 del 22 de febrero de 2016, parágrafo 1)
5. El señor Procurador General de la Nación, profiere la Resolución No.040 del 20 de enero de 2015, "Por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la Entidad" y procede a dar la 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). (Ver Anexo Resolución 040 de 2015)
6. 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...*".
7. 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 182 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*

3PJ-EC	Procurador Judicial II	Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios	002-2015
3PJ-EC	Procurador Judicial II	Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles	003-2015
3PJ-EC	Procurador Judicial II	Procuraduría Delegada para el Ministerio Publico en Asuntos Penales	004-2015
3PJ-EC	Procurador Judicial II	Procuraduría Delegada para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social	005-2015
3PJ-EC	Procurador Judicial II	Procuraduría Delegada para para la Conciliación Administrativa	006-2015
3PJ-EC	Procurador Judicial II	Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia	007-2015

11. Mi poderdante el pasado 30 de junio de 2016, radicó comunicación dirigida al señor Procurador General de la Nación, en la cual solicito, entre otras, el reconocimiento de estabilidad laboral reforzada, en razón a que cumple con el status de pensionado (pero no incluido en nómina) (Ver Anexos Oficio Radicado PGN 238378 del 30/06/2016)

12. Ante el desconocimiento de los derechos de mi protegido, referidos en la petición señalada en el numeral anterior, y en razón a que el ente nominador ya realizó el nombramiento del doctor JUAN CARLOS CARDONA ORTÍZ en el cargo que ostenta mi prohijado de conformidad con lo establecido en la Resolución 040 de 2015, es menester amparar los derechos fundamentales de mi cliente. (Ver Anexo Folio 4 Fallo Tutela Rd. 05001-23-33-000-2016-01807-00 Tribunal Administrativo Antioquia)

13. Mediante las **Resolución 357 y 358 de 2016**, se estableció 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, de la cual se nombró, como se dijo, al doctor JUAN CARLOS CARDONA ORTÍZ, el cargo de **Procurador 349 Judicial II Penal de Medellín**, código **3 PJ-GRADO EC**, cargo creado en virtud de **Ley 975 de 2005, artículo 35 y del Decreto 4795 de 2007**, que a la

estar la resolución en firme y no estar mi cliente incluido en nómina de pensionado), vulneraría sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada, derechos adquiridos, entre otros.

Es claro para la jurisprudencia señalada en varios apartes de este escrito tutelar que, la estabilidad laboral reforzada de que goza mi **prohijado**, obliga a que la entidad nominadora realice un ejercicio de ponderación entre tal derecho y los principios que informan la carrera administrativa, situación que en el presente concurso, BRILLO POR SU AUSENCIA, no sólo en el caso de mi mandante sino como se ha visto en el de múltiples funcionarios que ostentan los cargos ofertados, pese a gozar, al igual que la accionante, de protección constitucional.

Desconoció la entidad accionada la obligación que le asistía de darle un trato preferencial al grupo de personas, que como mi **protegido**, goza de protección especial Constitucional, por tener adquirido el status de pensionado (pero no estar la resolución en firme y no estar mi cliente incluido en nómina de pensionado); es decir, omitió adoptar medidas de protección a favor del grupo vulnerable de prepensionados, del que hace parte mi mandante, para salvaguardarle materialmente sus derechos. Lo anterior, significa ni más ni menos, que la Procuraduría General de la Nación no ejerció la acción afirmativa que ordena la Corte Constitucional para evitar la lesión y vulneración de derechos fundamentales que, como el de mi mandante, gozan de protección especial.

No podemos desconocer, lo dicho y probado en el presente escrito, que mi cliente tiene acto administrativo que reconoce su derecho pensional, que el mismo no está en firme, pues mi cliente interpuso recurso de apelación frente al mismo, que en todo caso, la pensión está sujeta a la desvinculación de mi cliente del servicio público, y lo último y más importante, QUE MI PROHIJADO NO SE ENCUENTRA EN NÓMINA DE PENSIONADO. por otro lado se ha evidenciado la paquidermia de la accionada, quien pudiendo evitar causar la amenaza y eventual perjuicio irremediable a mi poderdante (posesión supuesta para el 1 de septiembre según cronograma resolución 040 de 2015), no realizó ninguna actividad tendiente a que mi cliente no se viera perjudicado y/o damnificado con la posesión de persona alguna en su cargo.

Desconoce y vulnera la accionada el derecho a la IGUALDAD de mi **protegido**, cuando no aplica el criterio jurisprudencial garantista de la H. Corte Constitucional, que ha sido reconocido, incluso para pares de mi **prohijado**, por decisiones constitucionales.

Honorables Magistrados, el derecho fundamental al Mínimo Vital se vulnera cuando una entidad Estatal, desconoce el status de prepensionado a un servidor público y lo obliga a acudir al medio ordinario, en este caso, nulidad y restablecimiento del derecho, a sabiendas que trasegar ese camino implicaría más de media década para ser resuelto y protegido su derecho, sin embargo, como se dijo y se encuentra probado con la correspondiente documentación, mi **prohijado** tiene resolución pensional, la cual no se encuentra en firme, pero en todo caso mi cliente no se encuentra en nómina de pensionado, razón por la cual convierte la tutela en el mecanismo eficaz para evitar el menoscabo de sus derechos fundamentales y el perjuicio irremediable, pues de permitirse la desvinculación de mi poderdante, sin estar incluido en nómina de pensionado, se le causaría el perjuicio irremediable, al no percibir el ingreso fundamental de sus sustento y el de su núcleo familiar .

Por último, permitir que la accionada desvincule y/o desmejore las condiciones laborales actuales de mi mandante, sin que se encuentre incluido en nómina de pensionado, es decir, que no haya solución de continuidad entre la desvinculación y el recibo de su mesada pensional, resultaría no sólo absurdo sino antijurídico.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos relacionados, solicito al Honorable Tribunal, ordenar al señor PROCURADOR GENERAL DE LA NACION, lo siguiente:

1. Se tutelen los derechos fundamentales de mí **prohijado**, tales como, seguridad social, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada, trabajo, derechos adquiridos, entre otros, por todas las razones expuestas, en este caso específico, mi **prohijado** ya tiene resolución de pensión, la cual no se encuentra en firme y por tal razón no se encuentra incluido en nomina de pensionado.

2. Abstenerse de realizar el nombramiento del cargo de un (1) Procurador Judicial II Penal 3PJ-EC en el Cargo de **Procurador 349 Judicial II Penal de Medellín**, código **3 PJ-GRADO EC**, cargo creado en virtud de **Ley 975 de 2005, artículo 35 y del Decreto 4795 de 2007**, que ostenta mi protegido, hasta tanto se tomen las medidas necesarias para garantizar sus derechos fundamentales en virtud de la protección especial constitucional de que goza por ser prepensionado, en este caso específico, mi prohijado ya tiene resolución de pensión, la cual no se encuentra en firme y por tal razón no se encuentra incluido en nomina de pensionado.

3. Que en caso de trasladar a mi poderdante, sea a un cargo de igual y/o superior categoría, sin desmejorar sus condiciones laborales actuales.

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 a la seguridad social, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada, Trabajo entre otros, de mi prohijado, podría generarse en el evento que se produzca la posesión en el cargo de un (1) Procurador Judicial II Penal 3PJ-EC, escogido de la Lista de Elegibles (Resoluciones 357 y 358 de

¹ (Ver entre otros, los autos A-040A de 2001 MP: Eduardo Montealegre Lynett; A-049 de 1995 MP: Carlos Gaviria Díaz; A-041A de 1995 MP: Alejandro Martínez Caballero, y; A-031 de 1995 MP: Carlos Gaviria Díaz).

mínimo vital, estabilidad laboral reforzada entre otros, generen un perjuicio irremediable.

Permitir que se realice la posesión de la persona nombrada de la Lista de Elegibles (Resoluciones 357 y 358 de 2016) en el cargo que ocupa mi prohijado y/o la desvinculación de la misma de la entidad y/o su desmejora en sus condiciones laborales actuales, sería desconocer los precedentes constitucionales de obligatorio acatamiento, que a continuación se señalan:

- Sentencia C 991 de 2004
- Sentencia T 186 de 2013
- Sentencia T 156 de 2014
- Sentencia C 795 de 2009
- Sentencia SU 446 de 2011
- Sentencia SU 897 de 2012
- Sentencia T 011 de 2011
- Sentencia T 754 de 2012
- Sentencia T 802 de 2012

Adicional transcribiremos apartes relevantes de fallos que hacen un análisis y trazado por la línea jurisprudencial sobre la materia, y en específicos tres fallos de tutela, donde han reconocido la protección constitucional de los afectados, que ostentan la misma dignidad que la de mi mandante y que se encuentran en idéntica situación fáctica, veamos

Sentencia T 326 de 2014

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

Para entender la anterior afirmación, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia en la solución del problema jurídico materia del presente fallo.

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

“23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado que dicha protección, es de origen suprallegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos (sic) fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado”.

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

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

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

En la sentencia T-186 de 2013 se consideró que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. Al contrario, se planteó la necesidad de que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, que no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello enfatizó en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad de que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados, y (ii) la obligación de que estas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del *prepensionado* y del aspirante.

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

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

"[...]

"A este respecto cobra particular relevancia el principio de igualdad que rige el ejercicio de la función administrativa de conformidad con el artículo 209 de la Constitución. En cumplimiento de este principio, los servidores públicos llamados a ejercer funciones administrativas –por ejemplo, proveer los cargos de carrera en sus respectivas instituciones– deben prestar cuidadosa atención a las características específicas y particulares de cada caso individual, en forma tal que cuando se hayan de adoptar decisiones susceptibles de afectar los derechos fundamentales se evite incurrir en discriminación, y se garantice la provisión de un trato diferenciado a quien por sus circunstancias particulares y sus derechos individuales así lo amerita legítimamente.

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

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

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

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

6.4. A partir de las posiciones fijadas por diferentes salas de revisión de tutelas, se puede concluir que (i) la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preeminente de esa modalidad de provisión de cargos; (ii) sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección

constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse y, a su vez, concurre un margen de maniobra para la Administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles correspondiente, y (iii) una decisión en este sentido se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección.

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

7.1. Teniendo en cuenta que en el presente caso las respuestas de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá y la Comisión Nacional del Servicio Civil, se sustentaron, parcialmente, en que la accionante disponía de otro medio de defensa judicial, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, para debatir la legalidad de la resolución mediante la cual fue declarada insubsistente en el cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad, es necesario abordar la procedencia de la acción de tutela antes de dar respuesta al problema jurídico.

7.2. De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando estos se vean amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o excepcionalmente de un particular. Esta acción se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o de existir no resulta eficaz, o (ii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

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

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

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

En consecuencia, estima esta Sala que el presente caso debe examinarse en perspectiva del amparo definitivo de los derechos, pues se pretende evitar la solución de continuidad entre el retiro del servicio de la accionante y su inclusión en la nómina de pensionados, lo que materialmente no podría lograrse en un proceso contencioso administrativo, teniendo en cuenta la duración del mismo. Sobre este aspecto señaló la Sala Novena de Revisión:

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

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

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

Sentencia Tutela Rd. 2016-02981 del 03-08 de 2016 Consejo Seccional de la
Judicatura de Bogotá, Sala Disciplinaria, M.P. Antonio Suarez Niño.
(especifica de Procurador Prepensionado)

"2.1. De acuerdo con las pruebas allegadas al informativo, es un hecho irrefutable que la ciudadana MARÍA CONSTANZA DEL ROSARIO RIVERA PEÑA, quien ocupa en provisionalidad el cargo de Procuradora 48 Judicial II Delegada para la Conciliación Administrativa, código 3PJ-EC, cumplió el pasado 22 de junio 54 años de edad y que, según el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones aportado por la misma, desde el 19 de febrero de 1990 a 13 de julio de 2016 cuenta con 1.130,57 semanas cotizadas, según obra en el "folio 69 de esta actuación.

A este dato hay que añadir los certificados de vinculación laboral para bonos pensionales que dan cuenta de los períodos aportados desde el 18 de marzo de 1985 hasta el 9 de marzo de 1987, y desde el 16 de marzo de 1987 hasta el 15 de febrero de 1990, los cuales se traducen en 254 semanas cotizadas tal como se establece de los certificados obrantes a folios 82 y 89, lo que en total arroja la cantidad de 1.384,57 semanas.

Lo anterior significa que el 22 de junio de 2019 cumplirá 57 años de edad y, además, que para entonces superará con creces el mínimo de semanas cotizadas exigidas por la ley, lo que conduce a la Sala a concluir que la accionada tiene la condición de prepensionada.

2.2. Ante la circunstancia advertida, resulta pertinente analizar la estabilidad laboral reforzada de que goza la accionante frente al derecho de las personas que conforman la lista de elegibles, quienes son titulares de un derecho adquirido. Para el efecto, conviene tener en cuenta lo siguiente:

La lista de elegibles, dada su naturaleza de acto definitivo dentro del sistema de nombramiento de empleados por concurso público. A voces de la sentencia SU 446 de 2011, se trata de un acto administrativo de carácter particular y transitorio, pero obligatorio en el entendido de que durante su vigencia el nominador debe hacer uso de él para llenarlas vacantes ofertadas en el concurso de méritos. Además, mientras la lista se encuentre vigente la entidad nominadora no podrá realizar concurso para proveer las plazas a las que él se refiere, hasta tanto no se agoten las vacantes que fueron ofertadas.

Siguiendo la sentencia en cita, ha de entenderse que la lista de elegibles genera para quienes hacen parte de ella un derecho de carácter subjetivo en virtud del cual deben ser nombradas en el cargo para el que concursaron, cuando quede vacante o esté ocupado por un funcionario en provisionalidad. En ese sentido, la consolidación de este derecho está determinada por el lugar que el elegible ocupa dentro de la lista y el número de vacantes a proveer."

Sentencia Tutela Rd. 2016-01792 del 16-08-2016 Tribunal Administrativo de
Antioquia, M.P. Martha Cecilia Madrid Roldán. (especifica de Procurador
Prepensionado)

“PROBLEMA JURÍDICO:

En el caso objeto de estudio, el accionante solicita al Juez Constitucional tutelar sus derechos fundamentales y en consecuencia, se ordene a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN** que se abstenga de nombrar de la lista de elegibles y por tanto, mantenerlo en su cargo debido a su condición de prepensionado y de padre cabeza de hogar, hasta tanto sea incluido en la nómina de pensionados de Colpensiones, ello, a fin de que se protejan sus derechos fundamentales y los de su familia que dependen económicamente de él. Por tal razón, entrará la Sala a analizar los siguientes temas, para determinar si es procedente la solicitud de tutela.

De la procedencia de la acción de tutela:

En relación con la procedencia de la acción de tutela, el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece:

“ARTICULO 5º. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.”

De los concursos públicos de méritos:

Los concursos públicos de méritos tienen fundamento en el artículo 125 Constitucional, que dispone “*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. // El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*” Con ellos precisamente se pretende que el acceso al empleo público corresponda a criterios objetivos, de imparcialidad y

mérito según las capacidades, la preparación y las aptitudes de los aspirantes con el fin de escoger a quien mejor puedan desempeñarse.

De la lectura del precepto Constitucional también se desprende la necesidad de seguir con los lineamientos que la Ley fije para acreditar los méritos y calidades de los aspirantes, esto con el fin de asegurar derechos fundamentales tales como el debido proceso y la igualdad, además del cumplimiento de los deberes que han de caracterizar la actuación administrativa.

El sistema de carrera no sólo pretende garantizar que los servidores públicos tengan la experiencia, el conocimiento e idoneidad necesaria para prestar sus servicios, sino garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública, bajo criterios de imparcialidad y objetividad. Al respecto, adquiere especial relevancia el debido proceso en el marco de los concursos de méritos, cuyo alcance ha sido definido por Alto Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

"4.3. Ahora bien, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior).

Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación.

Precisamente, sobre el tema la Sala Plena de esta Corporación al asumir el estudio de varias acciones de tutela formuladas contra el concurso público de méritos que se adelantó para proveer los cargos de notarios en el país, mediante sentencia SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), señaló que (i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la

Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para acceder a un cargo de carrera administrativa; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido.”²

En relación con la obligatoriedad de la convocatoria del concurso de méritos y su efecto vinculante a las entidades que desarrollan el mismo y los aspirantes, la H. Corte Constitucional en su jurisprudencia, ha señalado³:

“Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado consagrados en el artículo 1° de la Carta Política.

(...)

“La importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, se puso de relieve por esta Corporación en la sentencia C-588 de 2009, al declarar la inexequibilidad del Acto Legislativo No 01 de 2008, que suspendía por el término de tres años la vigencia del artículo 125 constitucional. En el mencionado pronunciamiento se indicó que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1 constitucional, cuyo incumplimiento o inobservancia implica el desconocimiento de los fines estatales; del derecho a la igualdad y la prevalencia de derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el acceso a cargos públicos y el debido proceso.

² Sentencia T-090 de 2013.

³ H. Corte Constitucional, sentencia T-829 de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Expediente: T-3.524.549.

Como consecuencia de lo anterior, en dicho pronunciamiento se concluyó que "la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución", en donde la inscripción automática, sin el agotamiento de las etapas del proceso de selección, resultaba abiertamente contraria a los principios y derechos en los que se erige la Constitución de 1991.

(...)

3.4. La convocatoria es, entonces, **"la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes"**, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe "respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada".

Ahora, frente al cargo de los Procuradores Judiciales, quienes se encuentran en carrera administrativa especial, la Corte refirió lo siguiente en sentencia T 716 de 2013:

"La carrera especial de la Procuraduría General de la Nación es de origen constitucional y ha sido desarrollada mediante las normas de rango legal que rigen la materia. El artículo 279 de la Constitución establece que la ley regulará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, y lo atinente al ingreso, concurso de méritos y retiro del servicio. Por su parte el artículo 280 señala que los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categorías, remuneración, derechos y prestaciones de los Magistrados y Jueces de mayor jerarquía, ante quienes ejerzan sus cargos. En razón a que es un sistema especial de carrera administrativa de origen constitucional, la administración del mismo está a cargo de la comisión que la misma entidad establece para la materia. Los empleos en dicho sistema especial de carrera se clasifican en empleos de carrera administrativa, que son la regla general; y de libre nombramiento y remoción, que son la excepción, en virtud del principio de mérito y carrera

establecido en el artículo 125 constitucional, y que cobija a todos los sistemas de carrera (tanto general como especiales). En el caso de los empleados de libre nombramiento y remoción, debido a su carácter restringido, los cargos específicos que corresponden a esta categoría están establecidos en el artículo 182 del Decreto 262 de 2000. La provisión de empleos en carrera de la Procuraduría General de la Nación, no difiera de la realizada en el sistema general, pues la designación de los empleados de libre nombramiento y remoción se realiza mediante nombramiento ordinario (art. 82 del Dcto. 262 de 2000), mientras que la provisión de los empleos de carrera se realiza mediante concurso de méritos (art. 184 Dcto. 262 de 2000).

(...)

“Los empleos de procurador judicial, en razón de la decisión adoptada en la sentencia C-101 de 2013 se han convertido de cargos de libre nombramiento y remoción en cargos de carrera administrativa, y en consecuencia, los servidores que desempeñan esos cargos sin haberse realizado el correspondiente concurso de méritos se encuentran en situación de provisionalidad. Lo anterior implica que las personas en dichas circunstancias están cobijadas por la estabilidad laboral intermedia que significa ocupar dichos empleos en provisionalidad, lo que determina que a la luz de la jurisprudencia constitucional, los actos de desvinculación de tales servidores deben ser motivados.”

La estabilidad en el nombramiento provisional:

La provisión de los cargos de carrera, mediante el nombramiento en provisionalidad, surge entre tanto se surte la designación por el sistema legalmente previsto, esto es, concurso de méritos, sin que ello implique que la persona provisionalmente nombrada no pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento antes mencionado, pues puede darse el caso que la desvinculación de un servidor público obedezca a la facultad discrecional que le asiste al nominador en aras del buen servicio público; en ningún caso, tal modalidad provisional genera fuero de estabilidad para el funcionario que así lo desempeña, simplemente la provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio.

Respecto de la estabilidad laboral relativa de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, dijo la Honorable Corte Constitucional en la T- 147/13 lo siguiente:

"La vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos "cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal". Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad. La naturaleza de los cargos provisionales difiere de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción. Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera. Los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución. En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación.

Una motivación constitucionalmente admisible es aquella en la que la insubsistencia se basa en argumentos puntuales como lo son la provisión definitiva del cargo una vez realizado el respectivo concurso de méritos; la calificación insatisfactoria del funcionario; la imposición de sanciones disciplinarias y "otra razón específica atinente al servicio que está prestando", como lo puede ser el vencimiento del período por el cual ha sido designado el funcionario, siempre que la ley establezca esa posibilidad. En esa medida, las referencias de carácter general con relación a la naturaleza provisional del nombramiento, la no pertenencia a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una facultad discrecional que realmente no existe, o la "cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular", no son admisibles como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario."

Así mismo, es necesario traer a colación también lo indicado por la Corte Constitucional en Sentencia T 326 de 2014, frente a la estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera:

“3.2. La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por esta razón, la Corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales⁴.

En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba, además de otros requisitos, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución⁵.

Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada,

⁴ Sin embargo, desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa) se estableció que “la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”. En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-660 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño) señaló que “la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en estimar que las garantías de estabilidad laboral propias de los empleos de carrera administrativa también resultan aplicables a quienes ejercen dichos cargos en condición de provisionalidad, puesto que este mecanismo de designación no tiene el efecto de transformar la naturaleza del cargo de carrera a de libre nombramiento y remoción. Por ende, el acto administrativo que retira del servicio a funcionarios de esta categoría no puede fundarse solamente en el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, como sucede para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, sino que tiene que motivarse. Esta misma doctrina también ha señalado que la falta de motivación del acto administrativo que desvincula a un servidor en provisionalidad constituye una vulneración del derecho al debido proceso. Ello debido a que la reserva de las razones que fundaron la separación del empleo pone en situación de indefensión al afectado, en la medida en que no podría controvertirlas ante la jurisdicción del contencioso administrativo”.

⁵ El parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, establece que “[e]s reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado”.

entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad⁶.

Ahora respecto a los funcionarios que se encuentran en provisionalidad ocupando cargos de carrera, la Corte ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección Constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad, así:

“3.3. Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, funcionarios que están próximos a pensionarse o personas en situación de discapacidad, “concorre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí

⁶ La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial consolidada sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación de los funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la cual fue sentada desde la sentencia T-800 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa). En esta providencia, la Corte conoció la acción de tutela interpuesta con ocasión de la desvinculación de una mujer madre cabeza de familia, que desempeñaba en provisionalidad el cargo de auxiliar de enfermería, el cual era de carrera. Esta Corporación confirmó las sentencias de instancia, mediante las cuales se ordenaba el reintegro de manera transitoria, mientras la jurisdicción de lo contencioso decidía sobre la legalidad del acto por medio del cual se dispuso su desvinculación. Para tal efecto, la Corte explicó que el derecho a permanecer en un cargo determinado no es fundamental, sin embargo consideró que por las particularidades del caso, procedía la acción de tutela para proteger otros derechos fundamentales a fin de evitar un perjuicio irremediable, pues con base en las circunstancias particulares de la peticionaria se vislumbraba que “la pérdida del trabajo [...] y su consiguiente vacancia, la enfrentaría, junto con su hijo, a un perjuicio irremediable que no podría ser corregido a tiempo, si no es porque la acción de tutela permite evitarlo”. Además, la Corte sostuvo por vez primera que “el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”. Esta postura ha permanecido inalterada como lo detalló la Corte en la SU-917 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio, SPV Nilson Pinilla Pinilla). En esta ocasión, la Corte Constitucional asumió el conocimiento de 24 expedientes de tutela, los cuales fueron acumulados luego de advertir la existencia de conexidad temática ya que todos los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, siendo desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieran sido motivados. Este Tribunal (i) reiteró la posición sentada por la Corte desde el año mil novecientos noventa y ocho (1998) referente a la falta de motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, y (ii) resaltó la estrecha relación que guarda la exigencia de motivar los actos administrativo con importantes preceptos de orden constitucional como lo son el principio democrático, la cláusula del Estado de Derecho, el debido proceso y el principio de publicidad. La Sala Plena de la Corte Constitucional señaló en relación con el contenido de la motivación lo siguiente: “El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional. || Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuáles se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado...”. Concluyó que “respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión”. Entre otras, también pueden consultarse las sentencias T-289 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

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”⁷. (Negrillas fuera del texto)

Si bien, estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa⁸, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP)⁹.

3.4. En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011¹⁰, 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

⁷ Sentencia T-186 de 2013 (MP Luís Ernesto Vargas Silva).

⁸ En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luís Ernesto Vargas Silva). Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011, en la cual se planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad (Fiscalía General de la Nación) tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

⁹ Al respecto, ver, entre otras la sentencia T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y la SU-446 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luís Ernesto Vargas Silva).

¹⁰ MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luís Ernesto Vargas Silva. En esta ocasión correspondió a la Corte, entre otros asuntos, resolver dos interrogantes: i) si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y al debido proceso de quienes estaban en una situación de especial protección constitucional, al desvincularlos del cargo que ocupaban en provisionalidad, pese a su condición especial que obligaba a que se les brindara un trato preferente, cuando era posible desvincular a otros servidores en provisionalidad no sujetos a un trato preferente, y ii) determinar si la entidad demandada desconoció los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los demás provisionales –no sujetos de especial protección– al no señalar de antemano los criterios de selección de los cargos específicos que serían provistos con personas que superaron el concurso. Concluyó que “[e]n el caso de los provisionales que son sujetos de especial de (sic) protección, si bien la Corte no concederá la tutela porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010”.

circunstancias especiales por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

"Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación¹¹, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación¹². En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos. "

(...)

3.5. Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos (i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación. En esta ocasión debe tenerse en cuenta, de un lado, que la señora Ana Isabel Velásquez Arias fue desvinculada del cargo de carrera en el cual estaba nombrada en provisionalidad, para posesionar a quien se encontraba ocupando la segunda posición en la lista de elegibles correspondiente al cargo Auxiliar Área Salud, código 412, grado 04, No. 24027¹³; de otro lado, que la accionante es una persona que goza de especial protección por tener la calidad de prepensionada y ser madre cabeza de familia.¹⁴

Igualmente, frente a este mismo tema, en sentencia C - 640 de 2012 se señaló que en relación con las madres y padres cabeza de familia, las personas que estén próximas a pensionarse, y las personas en situación de discapacidad,

¹¹ La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010. MP Jorge Iván Palacio Palacio (cita del texto).

¹² Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos (cita del texto).

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

¹⁴ Sentencia T 326 - 2014

nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa cuya vacancia es definitiva, deben de tener un trato preferencial *“consiste en prever mecanismos para garantizar que los servidores públicos en las condiciones antedichas, sean los últimos en ser desvinculados cuando existan otros cargos de igual naturaleza del que ocupan vacantes. En cualquiera de las condiciones descritas no se 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, pero su condición de debilidad manifiesta hace que la administración deba otorgarles un trato especial. No es posible entonces, por la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad un cargo de carrera administrativa, crear un privilegio que le permite a los empleados públicos nombrados en provisionalidad permanecer en sus empleos de manera indefinida, disfrutando de las prerrogativas de los funcionarios de carrera que no le son reconocidas a otros empleados y ciudadanos que aspiran a vincularse con la administración pública. Mientras éstos deben someterse a un proceso de selección público y abierto, aquellos gozan indefinidamente de estabilidad en el cargo sustraídos de la obligación de demostrar su mérito.”*

Así mismo en dicha Sentencia T 326 – 2014 se manifestó frente al retén social, que es un mecanismo para garantizar los derechos de las personas que están próximas a pensionarse, como lo es el caso del accionante Carlos Fernando Serrano Rangel, así lo dijo la Corte:

“Como bien se indica en la sentencia T-186 de 2013¹⁵, el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales implicados en la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse¹⁶. “En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral

¹⁵ MP Luís Ernesto Vargas Silva.

¹⁶ La Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-897 de 2012 (MP Alexei Julio Estrada) abordó de manera detallada la protección de los prepensionados como sujetos de especial protección constitucional, sosteniendo que el derecho a la pensión de vejez garantiza el goce efectivo del derecho a la seguridad social de aquellas personas que no pueden proveerse por sí mismos los medios de subsistencia. En palabras de la Corte: “la protección que se deriva del contenido del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y de la regulación legal existente no puede ser otra que lograr el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez por parte de los servidores próximos a pensionarse. En este sentido las órdenes que proferirá la Sala consistirán en que, cuando se compruebe la pertenencia a la categoría de prepensionados se garantice el pago de aportes a los sistemas pensionales hasta que se alcance el tiempo de cotización requerido para acceder a la pensión de jubilación. El sustento para esta decisión se encuentra en el contenido del derecho fundamental a la seguridad social, cuyo fundamento es el artículo 48 de la Constitución y, adicionalmente, se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. De la lectura de las normas mencionadas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo, de una enfermedad o incapacidad laboral o, en general, de cualquier otra causa que tenga el mismo efecto. En este sentido, el derecho a la

de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y a la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos"¹⁷, como se explica más adelante.

(...)

6.1. Un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese contexto entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica"¹⁸.

(...)

6.4. A partir de las posiciones fijadas por diferentes salas de revisión de tutelas, se puede concluir que (i) la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preeminente de esa modalidad de provisión de cargos; (ii) sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como

pensión de jubilación o vejez, como manifestación del derecho fundamental a la seguridad social, busca garantizar que se reciba un auxilio económico en aquella etapa de la vida en que la edad de las personas les dificulta acceder a un sustento derivado de una relación laboral. Así, cuando el legislador crea una protección para aquellas personas que están próximas a pensionarse, el sentido que tributa en mejor forma el contenido del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones es que dicha garantía logre efectivizar el acceso a la pensión a todas las personas que sean beneficiarias de dicha protección".

¹⁷ Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

¹⁸ 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.

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 correspondiente¹⁹, 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.”

Frente a la Procedencia de la tutela, en los casos en los que los funcionarios indican ser sujetos de especial protección, en tanto se encuentran bajo la condición de prepensionados y aspiran que por este medio, se ordene a la entidad donde laboran, su permanencia en el cargo de provisionalidad hasta el momento en el cual se encuentren incluidos en nómina de pensionados. La Corte expresó lo siguiente en Sentencia T – 326 de 2014:

“7.2. De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando estos se vean amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o excepcionalmente de un particular. Esta acción se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o de existir no resulta eficaz, o (ii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable²⁰.

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

7.3. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos

¹⁹ 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”.

²⁰ Sentencia T-012 de 2009 (MP Rodrigo Escobar Gil).

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"²¹.

7.4. Si bien el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagra la posibilidad de que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, desde la misma demanda se solicite con la debida motivación, el decreto y práctica de medidas cautelares antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia²²; por la novedad de esa jurisprudencia que apenas está formándose, pues todavía es muy reciente la norma²³, 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.

²¹ Sentencia T-016 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo)

²² "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".

²³ 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).

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

6. CASO CONCRETO

De conformidad con las pruebas obrantes en el proceso, se tiene que el señor **CARLOS FERNANDO SERRANO RANGEL** fue nombrado en provisionalidad por parte de la Procuraduría General de la Nación, desde el 06 de octubre de 2009 en el cargo de Procurador Judicial II de familia. Así mismo, se observa que dichos cargos de Procurador Judicial II, incluido el del accionante, fueron ofertados mediante concurso público de méritos, del cual se dispuso la apertura de la convocatoria por parte de la entidad accionada, mediante Resolución 040 del 20 de enero de 2015.

Posteriormente y como resultado de tal concurso, fue publicada la lista de elegibles para ocupar todos los cargos de procuradores judiciales II para la Dependencia de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, mediante Resolución 344 del 8 de julio de 2016, la cual se aporta a folios 38 – 42 del expediente; razón por la cual indica el accionante, que interpone la presente acción, con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales y los de su familia, y en tanto, se le ordene a la Procuraduría General de la Nación, que no provea su cargo, hasta que se tomen las medidas necesarias para garantizar su derecho a la estabilidad reforzada, debido a su condición de prejubilado, e igualmente manifiesta que es padre cabeza de familia y que tiene una hija en condición de discapacidad.

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación se opone a la prosperidad de la acción de tutela presentada por el señor Carlos Fernando Serrano Rangel y expone que efectivamente el mismo, viene desempeñando el cargo de Procurador Judicial de Familia con el Código 3PJ Grado EC de Medellín desde el 06 de octubre de 2009 y hasta la actualidad. Advirtiendo que dichos empleos son de

carrera administrativa, por lo que se tiene que la vinculación del accionante ha sido sólo en provisionalidad.

Señala igualmente la entidad, que de acuerdo con la Sentencia C – 101 del 28 de febrero de 2013 de la Corte Constitucional, se ordenó convocar a concurso de méritos, para la provisión en carrera administrativa de todos los empleos de Procurador Judicial, sin exclusión tácita o Expresa de algunos de ellos; así que por tanto, mediante la resolución 040 del 20 de enero de 2015, se dispuso la apertura del respectivo proceso de selección, a través de 14 convocatorias, incluido el empleo ocupado por el accionante y agrega que a la fecha, ya se cuenta con lista de elegibles para proveer los cargos, entre la que se halla la contenida en la Resolución 344 del 8 de julio de 2016, para la Dependencia de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, integrada por 97 concursantes, frente a 45 empleos que fueron ofertados. De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que la solicitud del accionante está encaminada a que se le proteja su estabilidad reforzada, por el hecho de encontrarse en condición de prepensionado, en tanto que considera que no podría ser retirado del empleo de Procurador Judicial II, hasta tanto no se hubiese causado su derecho a la pensión de vejez y fuese incluido en nómina de pensionados de **COLPENSIONES**, a fin de garantizarle su mínimo vital; igualmente relaciona que se encuentra a cargo económicamente su familia, la cual se compone de su esposa y de su hija, quien padece de una discapacidad mental y depende completamente de él, tal como se indicó en la entrevista psicológica que le realizó la entidad accionada, obrante a folio 36.

Para entrar a resolver el presente asunto, es necesario traer a colación lo indicado por la Corte Constitucional, respecto de la especial protección que se debe de tener por parte de la Administración, frente a los funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad y que son sujetos de especial protección, en tanto que debe de aplicárseles un trato preferencial antes de proveerse por medio de concurso de méritos el cargo que ellos ocupan. La especial protección se presenta en los siguientes casos:

“3.3. Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, funcionarios que están próximos a pensionarse o personas en situación de discapacidad, “concorre una

relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”²⁴.

Si bien, estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa²⁵, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP)²⁶.²⁷”

Frente a lo anterior, es necesario precisar que al momento de la conformación de lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial II que trae la referida Resolución 344 del 8 de julio de 2016, el accionante ostenta la calidad de pre pensionado, tal como lo indicó en el escrito de tutela, ya que para el próximo 19 de agosto, cumple 62 años de edad y cuenta con 1.343 semanas cotizadas, mismas que se acreditan de las suma de 1.162.00 semanas cotizadas a Colpensiones, según certificado obrante en el expediente²⁸ y 181 semanas cotizadas a Cajanal y a Capresub, estas últimas cotizaciones se determinan de los documentos aportados a folios 25 – 29 del expediente, y se especifican en el siguiente cuadro:

Fecha Inicial en las que laboró y cotizó a CAJANAL Y CAPRESUB	Fecha Final	Días laborados	Equivalente a semanas cotizadas
25 de septiembre de 1975	23 de diciembre	88	12.5

²⁴ Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

²⁵ En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011, en la cual se planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad (Fiscalía General de la Nación) tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

²⁶ Al respecto, ver, entre otras la sentencia T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y la SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva).

²⁷ Sentencia T 326 de 2014

²⁸ Ver folio 29 del expediente

	de 1975		
26 de diciembre de 1975	18 de diciembre de 1977	712	101.7
16 de diciembre de 1977	9 de noviembre de 1978	323	46.1
10 de noviembre de 1978	5 de abril de 1979	145	20.7
TOTAL		1268	181

En consecuencia, según se refirió en la jurisprudencia anteriormente citada, la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y por cual resulta aplicable en los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y a la igualdad, frente a la puesta en marcha de herramientas jurídicas que lleven al retiro del empleo del funcionario que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, entre ellas el concurso público de méritos en donde deben aplicarse criterios de razonabilidad y proporcionalidad.²⁹ Tal como se presenta en el caso objeto de estudio por parte de la Sala, por cuanto que el accionante se constituye en un sujeto de especial protección, ya que como se indicó anteriormente, el señor **CARLOS FERNANDO SERRANO RANGEL** cumple con el estatus de prepensionado y además acredita que es padre cabeza de hogar, por cuanto que con su salario obtenido, en el empleo público que desempeña como Procurador II, se sustenta así mismo, a su esposa y a su hija quien padece de una discapacidad mental, según certificado médico del siquiatra que se aporta a folio 22 y 23.

Circunstancias que para la Sala confirman la **inminencia de un perjuicio irremediable**, puesto que el accionante tendría gravemente afectado su derecho al mínimo vital en caso de que sea retirado de su puesto, sin ser antes ingresado en nómina de pensionados; razón por la que se torna procedente la presente acción de tutela como mecanismo idóneo para proteger sus derechos fundamentales, los cuales pueden verse vulnerados, al ser apartado de su cargo por parte de la entidad accionada, en tanto que proceda a proveer su empleo, con la persona que corresponda en la lista de elegibles, sin percatarse de la situación de especial protección que requiere el accionante y que de acuerdo con lo indicado por la Corte Constitucional, se le debe de dar un trato preferencial de forma transitoria, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

²⁹ Sentencia T – 326 de 2014

Por tanto, se advierte que la entidad accionada no puede desconocer que debe de interpretar las normas de carrera administrativa de una manera razonable, proporcional y compatible con los derechos fundamentales del accionante, tal como lo ha referido la Corte Constitucional, teniendo en consideración que en el presente caso se hace necesario proteger los derechos del señor **CARLOS FERNANDO SERRANO RANGEL** en razón de su condición de prepensionado y padre cabeza de familia responsable económicamente de su esposa y de su hija, quien padece de una gran discapacidad, lo cual quedó demostrado de las pruebas presentadas con la acción de tutela.

De este modo, la Sala considera que la entidad accionada no debe proveer el cargo específicamente del señor **CARLOS FERNANDO SERRANO RANGEL** hasta tanto el mismo, sea incluido en nómina de pensionados, por cuanto según las pruebas aportadas al proceso, se encuentra ad portas de adquirir su jubilación; ello, con el fin de que entre el momento del retiro y la inclusión en nómina de pensionados de **COLPENSIONES**, no se vea afectado en su derecho a la estabilidad reforzada, además de otros derechos fundamentales los cuales invoca en el escrito de tutela.

Conforme a lo anterior, se requiere a la parte demandante para que una vez cumplidos los 62 años de edad, presente y gestione la correspondiente solicitud de reconocimiento de pensión de vejez ante **COLPENSIONES**.

En virtud de lo anterior y tal como se refirió en la jurisprudencia emitida por la Corte, se concluye que a los funcionarios que ostentan la calidad de prepensionados, se les debe de dar la protección especial correspondiente y por tanto, la misma debe extenderse hasta el momento en el cual estén incluidos en nómina de pensionados, tal como ocurrió en el caso objeto de estudio, por tal razón se tutelarán los derechos invocados por el accionante por cuanto que "*Si bien, estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa³⁰, antes de efectuar el*

³⁰ En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luís Ernesto Vargas Silva). Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011, en la cual se planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad (Fiscalía General de la Nación) tenía el deber

*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.*³¹

Sentencia Tutela Rd.2016-0329 del 29-07 de 2016 Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral, M.P. Carlos Alberto Carreño Raga. (especifica de Procurador Prepensionado)

Importa significar que la reclamante, ostenta el estatus de pre pensionada, por cuanto a la fecha tiene 55 años de edad (fl. 60) y 1.269,⁷¹ semanas cotizadas a abril de 2016 (fl. 62), lo que la ubica dentro del grupo de las personas con expectativa pensional dentro de los 3 años siguientes, esto es, sin cumplir los 57 años de edad que exige el art. 33 y 36 de la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003 ni las 1.300 semanas exigidas por la ley.

Así las cosas, se ordenará a la Procuraduría General de la Nación en protección del derecho constitucional que ostenta la peticionaria, conservarle la calidad de servidora pública, para tal efecto le permitirá acceder a alguno de los 8 cargos ofertados a los cuales ninguno de los participantes inscritos aspiraron, pues se repite, en estos casos el número de cargos es superior a las personas que ganaron el concurso, sin que hasta la fecha se haya designado a persona alguna para proveer esos cargos, similares al que ella hoy ostenta, quedando la Procuraduría con las facultades que se anuncian en la convocatoria del concurso, vale decir, determinar la plaza en la cual corresponda ejercer ese cargo, siendo éstas las mismas reglas de todos los que ganaron el concurso y optaron por sus especialidades.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de ley,

De igual forma, debe observar el Honorable Tribunal, la protuberante vía de hecho en que se viene incurriendo por parte de las accionada y que podría causar un perjuicio irremediable al accionante, en caso de permitirse la posesión de la persona nombrada de la lista de elegibles, en el cargo de mi protegido y/o su desvinculación y/o desmejora en sus condiciones laborales, al desconocer flagrantemente los derechos adquiridos por el, pues como está probado, se

constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

³¹ Sentencia T 326 - 2014

encuentra gozando de una protección especial constitucional, por tener su derecho pensional reconocido pero no estar en nómina de pensionado.

PRUEBAS

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

1. Documentales:

- Ver Anexo Decreto 2937 del 27 de noviembre de 2009.
- **Resolución COLPENSIONES GNR 55501 del 22/02/2016**
- **Recurso Apelación radicado 2016_3200286**
- **Resolución 040 de 2015**
- **Convocatoria 004 de 2015**
- **Derecho de petición radicado en la PGN No. 238378 del 30/06/2016**
- **Folio 4 fallo proferido Tribunal Administrativo Antioquia Rd. 2016-01807**
- **Resolución No. 357 de 2016**
- **Resolución No. 358 de 2016**

2. Oficios:

Si a bien lo consideran los Honorables Magistrados, con el ánimo de tener más claridad respecto de que mi poderdante cumple con las condiciones de protección especial por ser PREPENSIONADO, ruego se sirvan oficiar a las entidades que a continuación se señalan para que certifiquen:

- Procuraduría General de la Nación para que certifique si desplego o no actuaciones tendientes a indagar si mi prohijado goza de alguna protección especial constitucional, mes específicamente la de PREPENSIONADO y/o si realizó alguna actuación ante COLPENSIONES tendiente a la inclusión en nómina de pensionado de mi cliente.
- Procuraduría General de la Nación para que certifique si todos los cargos ofertados (PROCURADORES JUDICIALES II) van a ser provistos por lista de elegibles y/o quedarán algunos sin proveer, en caso afirmativo, certificar cuales.
- A la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para que allegue las Declaraciones de Renta de mi protegido, con el fin de demostrar que su salario es el ingreso fundamental para su subsistencia y manutención de su núcleo familiar.

COMPETENCIA

Son ustedes Honorables Magistrados competentes, para conocer del asunto, por la naturaleza de los hechos.

JURAMENTO

Manifiesto al Honorable Tribunal, bajo la gravedad del juramento, que el accionante no ha interpuesto otra Acción Tutela por los mismos hechos y derechos aquí relacionados, ni contra la misma autoridad.

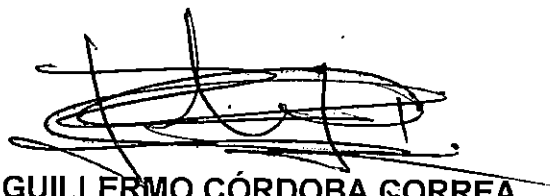
ANEXOS

- Una copia para el archivo del Despacho
- Traslados para las accionadas
- Los documentos relacionados como pruebas
- Poder a mi favor

NOTIFICACIONES

- Las partes accionadas recibirán notificaciones en la carrera 5 No. 15-80 de la ciudad de Bogotá.
- El Accionante y el suscrito recibiremos notificaciones en la carrera 13 No. 94 A – 44 Oficinas 401 – 402 Tel. 6230442 de la ciudad de Bogotá D.C.; Cel. 3182915395; Mail: jcordoba@cmabogadosasociados.com

Atentamente,



JUAN GUILLERMO CÓRDOBA GORREA
C.C. 9.725.316
T.P. 141.525 del C. S. de la J

Honorables Magistrados Tribunal - Reparto
E. S. D.

Ref.: Poder Especial, Amplio y Suficiente

LUIS FRANCISCO CALVETE RIBERO, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, **Procurador 349 Judicial II Penal de Medellín, Código 3 PJ-GRADO EC, cargo creado en virtud de Ley 975 de 2005, artículo 35 y del Decreto 4795 de 2007**, por medio del presente escrito, otorgo poder especial, amplio y suficiente al doctor **JUAN GUILLERMO CÓRDOBA CORREA**, abogado en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía No. **9.725.316** y portador de la tarjeta profesional No. **141.525** del C. S. de la J, para que en mi nombre y representación, instaure Acción de Tutela contra la Nación – **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN - OFICINA DE SELECCIÓN Y CARRERA** por la violación a mi derecho fundamental a la seguridad social, - prepensionados- y al mínimo vital, entre otros.

En ejercicio del poder conferido, mi apoderado queda facultado para recibir, transigir, conciliar, sustituir y reasumir, renunciar, iniciar incidentes de desacato, interponer recursos ordinarios y extraordinarios, solicitar selección del presente asunto para revisión de la Honorable Corte Constitucional, y en general, todas las facultades encaminadas al cabal cumplimiento del mandato.

Sírvase reconocerle personería a mi apoderado, en los términos y para los fines señalados en el presente poder.

Atentamente,



Firma:

Nombre: **LUIS FRANCISCO CALVETE RIBERO**
C.C. **14.993.615**

Acepto,



JUAN GUILLERMO CORDOBA COPRREA
C.C. **9.725.316**
T.P. **141.525** del C. S. de la J.