

**Referencia**

Proceso : Acción de Tutela
Accionante : Silvia Marlene Walter Villareal
Accionado : Procuraduría General de la Nación
Asunto : Concede tutela
Radicado : 05001221000020160031100 *2016-436
Ponente : Dra. Luz Dary Sánchez Taborda.
Sentencia : Aprobada por acta No. 317

DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**TRIBUNAL SUPERIOR****SALA QUINTA DE DECISIÓN DE FAMILIA**

Medellín, treinta de agosto de dos mil dieciséis.

Procede la Sala a resolver la solicitud de tutela promovida por Silvia Marlene Walter Villareal contra la Procuraduría General de la Nación, trámite al que fueron vinculadas las personas que hacen parte de la lista definitiva de elegibles para proveer el cargo de Procurador Judicial I de Familia.

ANTECEDENTES

La accionante adujo que el cargo que ostenta en provisionalidad en la entidad accionada, Procuradora 32, Judicial I de la especialidad de derecho de Familia, fue convocado a concurso público de méritos mediante Resolución No. 040 de 2015, que en la convocatoria No. 014-2015, fueron ofertadas 14 plazas.

Que el 14 de julio de los corrientes, en atención a su calidad de pre pensionada y mujer cabeza de familia, pidió a su empleador que mediante acto administrativo proteja su derecho a la estabilidad laboral

reforzada, conforme a lo dispuesto en el Decreto 30905 de 2009 que reglamenta la Ley 909 de 2004, Acuerdo No. 121 de 2009, capítulo 2, artículo 5, y el Decreto No. 1894 de 2012 parágrafo 2°, artículo 1°, en especial, las sentencias SU 446 de 2011 y T-326 de 2014, de la Corte Constitucional.

Que además de solicitar la protección reforzada constitucional, solicitó el reconocimiento de sus derechos como mujer cabeza de familia, en atención a que tiene dos hijas, que aunque mayores de edad, se encuentran estudiando, la mayor Laura Cristina Laverde Walter, cursa el 8° semestre de Psicología en la Universidad CES de la ciudad, en tanto que la menor Andrea Laverde Walter, realiza el primer semestre de residencia en dermatología en la mencionada Universidad, quienes no reciben ayuda de su padre Jorge William Laverde, porque falleció en el año 2007, y no dejó bienes de fortuna.

Adicionalmente su madre Marlene Villareal de Walter, depende económicamente de ella y no recibe ingresos de ninguna índole como afirmó en declaración extraproceso que adjuntó con la petición referida.

La Secretaría de la Procuraduría General de la Nación en respuesta a la petición aludida, dijo que no reúne las condiciones para ser considerada madre cabeza de familia, porque sus descendientes son mayores de edad, no presentan limitaciones especiales y no probó que su madre de 78 años, posea discapacidad o haya deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia para su manutención, con lo que desconoció la prueba documental adosada –certificaciones del CES- de las que se infieren que los horarios de estudios de sus hijas no les permiten laborar, en tanto que su madre en razón de su edad –adulto mayor- no puede laborar y así lo declaró extraprocesalmente.

Que resulta extraño que la Procuraduría no haya analizado que para la convocatoria No. 014-2015, de 14 plazas ofertadas para proveer el cargo de Procurador Judicial I de Familia, sólo 11 personas sacaron el puntaje, quedando 3 plazas pendientes, lo que se deduce de la Resolución No. 337 de 8 de julio de 2016 que adjunta, así como que no haya adoptado las medidas

para proteger los derechos de las personas que hacen parte del régimen de transición.

Afirmó que no es su intención quedarse en la Procuraduría, tan es así que ha solicitado a sus empleadores certificación de factores salariales a efectos de radicar petición de reconocimiento de pensión ante Colpensiones, que obtenida la misma procederá a renunciar inmediatamente para poder ser incluida en nómina pensional.

Con fundamento en los hechos solicitó tutelar sus derechos fundamentales: al trabajo por estabilidad laboral reforzada, debido proceso, aplicación de medidas afirmativas, seguridad social, salud, igualdad y mínimo vital, armonía familiar y acceso a la justicia. En consecuencia se ordene a la accionada:

"1. Adoptar las medidas de protección como pre pensionada a SILVIA MARLENE WALTER VILLAREAL, conservándome el derecho de laborar en la Procuraduría General de la Nación, hasta que sea incluida en la nómina pensional, esto es, del Fondo de Pensiones –Colpensiones-, habida cuenta que he cumplido el requisito de las semanas cotizadas (1.304) y la edad de jubilación de 57 años.

2. Que para el efecto, se ordene al señor Procurador General de la Nación y/o Secretaría General de dicha entidad, se abstenga de nombrar de la lista de elegibles, al cargo de Procurador 32 Judicial I de Familia, hasta tanto se tomen todas las medidas necesarias para garantizar mi DERECHO DE ESTABILIDAD REFORZADA tales como: traslado a un cargo igual o superior categoría o cualquiera otra que garanticen mis derechos hasta que obtenga la Pensión de vejez y esté incluido en la nómina de Pensionados de la Entidad COLPENSIONES para así garantizar mi derecho a una pensión de jubilación y evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de las mesadas pensionales

3. En caso de trasladarme a un cargo de igual o superior categoría, bien sea en una de las 3 vacantes relacionadas anteriormente, sea en la ciudad de Medellín, pues como ya lo mencioné tengo a cargo a mi madre Marlene Villareal de Walter e hijas estudiantes universitarias. O que, mientras se verifica mi inclusión en nómina de Colpensiones se me reubique en una de las tres plazas

vacantes para la Procuradora Judicial I de Familia, sin perjuicio de su sede, o en uno de iguales o mejores condiciones hasta que se verifique la inclusión de la suscrita en la nómina de pensionados de Colpensiones.

4. O que, mientras se verifica mi inclusión en nómina de Colpensiones, la Procuraduría General de la Nación, cree una planta temporal de empleos o un cargo único en el que pueda ser reubicada en igual o mejores condiciones como accionante (Ley 909 de 2004 artículo 21, puede acudirse a la ley general de carrera).

5. Que conforme las facultades como juez de tutela y de acuerdo con los argumentos que expongan los accionados, ordene la implementación de otras medidas tendientes a proteger los derechos que se exponen como vulnerados y o amenazados.

6. Que se disponga el seguimiento especial a las medidas que se adopten en sede de tutela para proteger los derechos que se reclaman."

Como medida provisional solicitó no proveer el empleo que ostenta, hasta tanto se adopte la decisión definitiva.

Como anexos a la demanda se adjuntaron las siguientes copias: de la cédula de ciudadanía, así como de su folio de registro civil de nacimiento de la accionante, certificación de la Jefe de División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación que da cuenta que desde el 3 de noviembre de 2009 la Doctora Walter Villareal se desempeña como Procuradora 32 Judicial I Familia en la ciudad de Medellín, certificado de tiempo de servicios laborado en la Contraloría General de la República del 19 de marzo de 1991 hasta el 5 de julio de 1991, petición dirigida a la Contraloría General de la República, respecto a factores salariales por el periodo indicado anteriormente, certificaciones sobre información laboral, salario base, mes a mes, expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, petición de expedición de factores laborales dirigido al Procurador General de la Nación, petición dirigida al Procurador General de la Nación con el fin que proteja la situación especial que ostenta la Dra. Walter Villareal, certificado tiempo de servicios expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, registro

civil de defunción de Jorge William Laverde, hecho acaecido el 12 de septiembre de 2007, Certificado expedido por el CES, que da cuenta que Andrea Laverde Walter se encuentra se encuentra matriculada en dicha institución como estudiante del Posgrado Clínico Médico de Dermatología para el periodo 2016/02, copia de la liquidación de matrícula de Laura Cristina Laverde Walter, emitida por el CES, para el octavo semestre del programa de psicología, respuesta dada por la Procuraduría a la solicitud de reconocimiento de pre pensionada y condición de madre cabeza de familia elevada por la actora, Resolución No. 337 de 8 de julio de 2016 de la Procuraduría General de la Nación "por medio de la cual se establece una lista de elegibles", copia de las sentencias proferidas en las solicitudes de tutela promovidas por Aura Martínez Arango, Nohoralice Guevara Murcia, Carlos Fernando Serrano Rangel contra la Procuraduría General de la Nación, de la Circular No. 054 del Procurador General de la Nación, relativo a la aplicación del régimen de transición, del Decreto 2203 de 5 de octubre de 2009, por medio del cual se nombró a la señora Silvia Marlene Walter Villareal como Procuradora 32 Judicial I de Familia de Medellín, Código 3PJ, Grado EG y, del acta de posesión en el aludido cargo el 3 de noviembre de 2009.

TRAMITE IMPARTIDO EN LA INSTANCIA

Asignado el conocimiento del asunto a este despacho se admitió la solicitud el 18 de agosto del presente año y se ordenó la notificación de la accionada, vinculando al trámite de la acción de tutela a quienes hacen parte de la lista de elegibles en el concurso de méritos para proveer el cargo de Procurador Judicial I de Familia y, se negó la medida provisional peticionada.

Enterada la Procuraduría General de la Nación solicitó rechazar por improcedente el amparo constitucional, por no existir en la actualidad vulneración o amenaza de derechos fundamentales, toda vez que no se ha proferido decreto de nombramiento en periodo de prueba o en propiedad para el cargo ocupado por la accionante.

Afirmó que por Resolución No. 040 de 20 de enero de 2015, dispuso la apertura del proceso de selección para la provisión en carrera

5

Acción de tutela.

Silvia Marlene Walter Villareal Vs. Procuraduría General de la Nación
Radicado: 05001221000020160031100 *2016-436

administrativa todos los empleos de Procurador Judicial (I y II), para lo cual confeccionó catorce convocatorias, entre las que se encuentra la No. 014-2015 *“Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia”*, que el proceso cuenta en la actualidad con lista de elegibles, entre las que se halla la contenida en la Resolución 337 de 8 de julio de 2016, correspondiente a la última convocatoria mencionada, integrada por *“11 concursantes frente a 14 empleos ofertados”*

Que aunque cierto que la accionante petitionó el reconocimiento de su condición de “pre pensionada” y de madre cabeza de familia, por oficio de 4 de agosto de 2016, negó la misma, porque pudo advertir que las hijas son mayores de edad y no presentan limitación física, mental u otras situaciones especiales de carácter permanente, que tampoco se probó que su madre Marlene Evelina Villareal de Walter, posea alguna discapacidad, o que haya deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia para su manutención.

Resulta improcedente la acción de tutela, porque la accionante cuenta con otros mecanismos ordinarios de defensa efectivos, en el evento que no estuviera conforme con una eventual decisión de retiro del servicio, por la provisión del empleo por lista de elegibles, que en el caso no se configura un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo como mecanismo transitorio, porque no está probado en la tutela que en efecto haya cumplido el requisito del tiempo servido o semanas cotizadas; amén del alto perfil profesional que posee.

Dijo que la accionante no es persona sin capacidades físicas o profesionales, que dependa solamente de su empleo en la Procuraduría General de la Nación. Muy por el contrario se trata de una profesional en Derecho, Especialista en Derecho Privado con Énfasis en Derecho Privado y Derecho Penal y Criminalística, cuya vida profesional se ha desarrollado por más de veinticinco años, de ahí que no puede anticiparse una imposibilidad de desempeño en cualquier otro campo laboral.

Que la solicitud de tutela no cumple con el principio de inmediatez, dado que desde el pronunciamiento de la Corte en la sentencia C-101 de 28 de febrero de 2013, todos los funcionarios tenían conocimiento que se ordenó a la Procuraduría adelantar el concurso de méritos para proveer en carrera los empleos de Procurador, sin embargo los funcionarios que ocupaban dichos empleos, incluida la accionante, no adelantaron ninguna actuación destinada a que se adoptaran medidas para la protección de situaciones subjetivas e individuales que consideraban del caso. Por consiguiente en el asunto, la interesada esperó, un poco más de tres años para mediante la acción de tutela *"soslayar dicha decisión de constitucionalidad"*

Refirió también a las acciones de tutela proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, Tribunal Superior de Huila y Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, radicados 2016-03336-00, 2016-0171-00, 41001-22-04-000-2016-00304-00, 2016-3121 respectivamente. (fls. 111 a 123 C.1)

CONSIDERACIONES

1.- El artículo 86 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces, con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando, por acción u omisión, le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, o cuando, existiendo, la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

El mecanismo mencionado no se encuentra diseñado con miras a reemplazar al juez competente, de ahí que no sea de recibo cuando se advierte que el accionante cuenta con otro mecanismo judicial para invocar la protección de los derechos fundamentales que, considera, le han sido vulnerados.

Es por ello que se han fijado criterios generales sobre la procedencia formal del amparo, estatuidos en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, cuyo numeral primero señala la existencia de otro mecanismo de defensa judicial para lograr la protección que por vía de la acción constitucional se pretende obtener.

Tal exigencia sólo admite excepción en el evento en que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable; pues de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de dejar en el vacío las competencias de las distintas autoridades judiciales y concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas, propiciando de esta manera un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de aquélla.

Los hechos narrados en precedencia, ponen en evidencia que el problema que concita la atención de la Sala se circunscribe a establecer si es procedente ordenar a la Procuraduría General de la Nación, se abstenga de nombrar de la lista de elegibles para proveer el cargo de Procuradora 32 Judicial I de Familia en la ciudad de Medellín que ocupa en la actualidad la accionante, en atención a su calidad de pre pensionada y madre cabeza de hogar, hasta tanto se le incluyan en la nómina de pensionados de Colpensiones, pues con tal determinación se protegerían sus derechos fundamentales y los de su familia que depende económicamente de ella.

Para resolver el problema esbozado, necesario se hace referirse a los siguientes temas:

2. - Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir asuntos dentro de los concursos de méritos.

Respecto a la acción de tutela en materia de concursos de mérito, ha dicho la Corte Constitucional: *"...En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que*

resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) **cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.** La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. **En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado...**¹

Así mismo, ha dicho la Corte Constitucional que el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: "(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la

¹ Sentencia T 090 de 2013 Corte Constitucional.

*gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales*².

Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad.

3.- Estabilidad laboral reforzada a personas próximas a pensionarse.

La condición de pre pensionado, encuentra sustento normativo en la Ley 790 de 2002 reglamentado por el artículo 12 del Decreto Nacional 190 de 2003. *"Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República"* que en su artículo 12 dispuso:

"Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley. (Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-044** de 2004, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen).

² Sentencia T-132 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), reiterada en las sentencias T-244 de 2010 y T-800A de 2011 (ambas MP Luis Ernesto Vargas Silva). Sobre los mismos requisitos se pueden consultar las sentencias T-629 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-1266 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo).

El Decreto reglamentario mencionado anteriormente, definió en el artículo 1° a la persona próxima a pensionarse como *“Aquel al cual le faltan tres (3) o menos años, contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez”*

De otro lado, la Corte Constitucional en la sentencia SU-897 de 2012, afirmó que la protección de las personas que están próximas a pensionarse guarda relación con los derechos a la igualdad, seguridad social y estabilidad en el empleo, contenidos en los artículos 13, 48 y 53 de la Carta Política, respectivamente, bajo esta consideración:

“En este sentido, normas derivadas de disposiciones como el principio de igualdad -artículo 13 de la Constitución- juegan un papel determinante al momento de establecer los lineamientos de política pública que desarrolle el Estado, pues en ellas reside la legitimidad de que el ordenamiento jurídico prevea un tratamiento especial para determinados sectores de la población que se encuentran en situaciones que ameriten dicha consideración especial. Así mismo, resultan fuente directa de la protección social prevista para las personas próximas a pensionarse el artículo 48 de la Constitución, que consagra la seguridad social como un derecho irrenunciable; y el artículo 53 del texto constitucional que establece como parámetros de la legislación laboral la igualdad de oportunidades de los trabajadores y la estabilidad en el empleo. Estos mandatos con estructura principal son referencia obligatoria al momento de afectar de forma general condiciones de seguridad social y, también, expectativas que gocen y tengan trabajadores vinculados a la administración, especialmente cuando éstos se encuentran próximos a pensionarse.”

Por esta deriva, en los procesos de reestructuración, las personas próximas a pensionarse, es decir, los empleados a los cuales les falte menos de tres años para adquirir tal derecho, gozan de una estabilidad laboral reforzada y en tal sentido no pueden ser retirados del servicio, empero, dicha situación no se limita a esa circunstancia, toda vez que la figura tiene origen constitucional y en consecuencia, puede aplicarse a otros asuntos cuando los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección pudieran llegarse a ver afectados.

Sobre el particular, precisó la Corte Constitucional en sentencia C-795 de 2009, lo siguiente:

“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 sentenciado³ que dicha protección, es de origen supralegal, 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 fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado”

Se entiende que la estabilidad laboral reforzada para los pre pensionados o “reten social”, debe aplicarse a los empleados que les falte menos de tres (3) años para obtener los requisitos para una pensión de jubilación o vejez, sin que esa medida como se consignó anteriormente se limite a proteger tal condición solamente en los eventos en los cuales exista reestructuración o renovación de la administración pública, pues como su fundamento tiene origen en la constitución, puede ser alegada por quien se encuentre afectado en razón de una desvinculación irregular.

La desvinculación irregular, puede darse tanto en cargos de carrera, como en provisionalidad⁴ e incluso en los de libre nombramiento y remoción, conforme tuvo ocasión de decir la Corte Constitucional en sentencia T- 802 de 2012, en los siguientes términos:

Este Tribunal ha reiterado que no existe fundamento alguno que sustente la distinción de los destinatarios del “retén social”, según ocupen cargos de

³ Sentencias C-184 de 2003; C-964 de 2003, C-044 de 2004, T-768 de 2005 y T-587 de 2008.

⁴ Sentencia T-326 de 2014.

vocación permanente o transitoria, entiéndase cargos de libre nombramiento y remoción o nombrados en provisionalidad.⁵ Al contrario, se ha considerado que tal diferencia se torna discriminatoria y conculca directamente derechos fundamentales como la igualdad, la seguridad social en pensiones, entre otros.

Así las cosas, como quiera que las supresiones de cargos o terminaciones de relaciones laborales producto de un proceso de renovación de la administración pública, no se adelantan en ejecución de la facultad discrecional del nominador, indiscutiblemente deben valorarse los conceptos emitidos como consecuencia del estudio técnico de que trata la Ley 790 de 2002, así como las condiciones específicas del trabajador y los principios del Estado Social de Derecho.

En esa medida, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción aunque gozan de una estabilidad laboral precaria, deben tener un tratamiento igualitario a los demás tipos de servidores cuando reúnan los requerimientos para acceder a la protección especial consagrada en el “retén social” durante los procesos de renovación de la administración pública.”

Pertinente resulta indicar que la estabilidad reforzada no es absoluta, de ahí que cuando proceda el retiro de empleado de un cargo de libre nombramiento y remoción, la limitación en el ejercicio de la facultad discrecional implica justificar de manera i) suficiente, ii) concreta, iii) cierta y iv) concurrente los motivos que originan el despido, lo cual también se encuentra acorde con el principio de buena fe (art. 83 Superior), toda vez que, la especial protección de ciertos grupos y personas por parte del Estado tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar derechos fundamentales de la persona directamente perjudicada.⁶

4.- Del derecho al trabajo, al mínimo vital y la estabilidad laboral de los pre pensionados ubicados en cargos de provisionalidad próximos a ocuparse con las personas que ocupan la lista de elegibles.

⁵ Sentencias T-800 de 1998, T-1239 de 2008, T-862 de 2009, entre otras

⁶ Obsérvese al respecto la Sentencia T-312 de 2012.

Conviene precisar en primer término, que el derecho al trabajo se encuentra previsto en el artículo 25 superior, como un derecho y una obligación social, que goza de la especial protección del Estado, disposición que prevé que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

En segundo lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto al aludido derecho señaló en la sentencia T-891 de 2013, lo siguiente:

“El derecho al mínimo vital ha sido considerado por la jurisprudencia constitucional como una de las garantías más importantes en el Estado Social de Derecho. No solo porque se fundamenta en otros derechos como la vida (Art. 11 C.P.), la salud (Art. 49 C.P.), el trabajo (Art. 25 C.P.) y la seguridad social (Art. 48 C.P.), sino porque en sí mismo es ese mínimo sin el cual las personas no podrían vivir dignamente. Es un concepto que no solo busca garantizarle al individuo percibir ciertos recursos, sino permitirle desarrollar un proyecto de vida igual que al común de la sociedad. De allí que también sea una medida de justicia social, propia de nuestro Estado Constitucional. En ese sentido, derecho al mínimo vital ha sido definido por la Corte como “la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”. Es decir, la garantía mínima de vida.”

En tercer lugar, respecto a la estabilidad laboral de quienes se encuentran próximos a pensionarse y la necesidad de permitir el ingreso de aquellos que han superado el concurso de méritos, en sentencia T-326 de 2014, se dijo:

“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 (...) 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 (...) 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 pre pensionado⁷

⁷ Estas fueron las consideraciones plasmadas en la sentencia T-729 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), reiteradas en las sentencias T-017 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-289 de 2011 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez). En el primer fallo, se estudió el caso de un ciudadano que se desempeñaba en provisionalidad en el cargo de Delegado Departamental en la Registraduría Nacional del Estado Civil y quien había sido desvinculado del mismo porque el empleo que ocupaba fue provisto en propiedad mediante concurso público de méritos, a pesar de que con acompañamiento de la propia entidad, el funcionario había radicado la solicitud de pensión de jubilación ante Cajanal. La Corte constató que se conformó una lista de elegibles de cuarenta y tres (43) personas para la provisión de sesenta y cuatro (64) cargos de Delegados Departamentales que habían sido ofertados a través del concurso de méritos, por lo que al no haberse proveído en propiedad todos los empleos, la Administración no podía decidir al azar qué personas iban a ser removidas, ni tampoco desvincular a todas las personas que se encontraran en provisionalidad, pues debía considerar las circunstancias particulares de cada caso, como el del accionante, quien por tener en trámite su solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación hacía parte de un grupo vulnerable, en tanto la desvinculación de su trabajo podía implicar la solución de

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,⁸ 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...”

Conforme a lo transcrito aunque claro que el derecho del ganador del concurso de méritos es un derecho constitucionalmente prevalente, en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y estabilidad laboral reforzada, ante la pluralidad de cargos, sin que todos sean provistos por el concurso, la

continuidad entre los ingresos recibidos como contraprestación al trabajo y el goce efectivo de sus mesadas pensionales. En las sentencias recién citadas, T-729 de 2010, T-017 de 2012 y T-289 de 2011, las salas de decisión concedieron la protección de los derechos fundamentales de personas próximas a pensionarse que ejercían cargos en provisionalidad y que, en virtud de la provisión del empleo por concurso público de méritos, fueron retirados de sus cargos. En cada uno de estos eventos, se concluyó que si bien el acceso al empleo mediante concurso está ordenado por la Constitución y guarda perfecta consonancia con los fundamentos del Estado social y democrático de Derecho, las normas de carrera debían interpretarse de forma razonable y proporcionada, de cara a la protección de los derechos fundamentales de los *pre pensionados*, máxime cuando se evidenciaba que la Administración tenía un margen de maniobra en la asignación de cargos, debido a su pluralidad, en donde la exclusión de los accionantes de sus empleos, si bien era una medida constitucionalmente justificada, no era necesaria.

⁸ 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 pre pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. || 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical”.

autoridad administrativa estará obligada a proteger de manera simultánea los derechos constitucionales tanto del aspirante como del pre pensionado.

5.- El marco legal y jurisprudencial citado en precedencia, permitirán a la Sala, dar solución al problema jurídico esbozado anteriormente.

Las pruebas documentales adosadas con la demanda, acreditan que Silvia Marlene Walter Villareal, fue designada mediante Decreto 2203 de 5 de octubre de 2009, como Procuradora 32 Judicial I de Familia de Medellín, Código 3PJ, Grado EG, cargo del que tomó posesión el 3 de noviembre de 2009.⁹ Igualmente se pudo establecer que el cargo referido fue ofertado mediante concurso público de méritos, por medio de la Resolución 040 de 20 de enero de 2015, que dio apertura al proceso de selección, específicamente, la convocatoria No. 014- 2015, en la que se ofertaron 14 empleos.

Que por Resolución 337 de 8 de julio de 2016, se confeccionó la lista de elegibles para proveer el empleo antes mencionado, en la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, integrada por **once (11) concursantes**,¹⁰ motivo por el que la accionante formuló la presente acción a efectos de obtener la protección de sus derechos fundamentales y los de su familia. En consecuencia se ordene a la accionada abstenerse de nombrar de la aludida lista de elegibles *"hasta tanto se tomen todas las medidas necesarias"* para garantizar su derecho de estabilidad reforzada, en consideración a su calidad de pre pensionada, a lo que agregó que es madre cabeza de familia, pues tanto sus dos hijas Andrea y Laura Cristina Laverde Walter, como su progenitora Marlene Villareal de Walter, dependen económicamente de ella, que si bien es cierto sus consanguíneas son mayores de edad, sus horarios de clase en la Universidad CES,¹¹ les impide laborar, amén que es viuda desde el

⁹ Folios 78 y 79 C.1.

¹⁰ Folios 44 a 46 de la encuadernación principal.

¹¹ Obsérvese Certificación expedida por la Jefe de la Oficina de Admisiones, Registro y Control Académico de la Universidad CES, así como liquidación de matrícula No. 150000222855.

12 de septiembre de 2007, fecha en la que falleció su cónyuge Jorge William Laverde¹² y, que su madre por su edad (78 años) no puede laborar.

Al replicar la demanda la accionada se opuso a la prosperidad de la acción diciendo que en acatamiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en sentencia C-101 de 28 de febrero de 2013, mediante la Resolución No. 040 de 20 de enero de 2015, dio apertura al proceso de selección para cargos de Procurador, a través de catorce convocatorias, que el cargo que ocupa la accionante fue abierto a concurso mediante la convocatoria 014-2015, que en el caso existe otro mecanismo de defensa judicial –*acciones contencioso administrativas*– en el evento que la señora Walter Villareal, no estuviere conforme con su retiro del servicio, que tampoco se presenta un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela de forma transitoria, porque la citada tiene gran experiencia en el ejercicio del derecho, posee un alto perfil ocupacional, pues tiene dos especialidades en derecho, así mismo conociendo de la sentencia de constitucionalidad aludida, dejó pasar más de tres años para petitionar la adopción de medidas destinadas a la protección de su situación.

Finaliza diciendo que no existe vulneración o amenaza a sus derechos fundamentales, toda vez que para el cargo que ostenta la accionante no se ha proferido decreto de nombramiento en periodo de prueba o en propiedad.

En el *sub-lite*, la calidad de pre pensionada de la accionante se encuentra probada con las certificaciones allegadas con la demanda, de las que se infiere que ha laborado 1.334 semanas con los siguientes empleadores: Contraloría General de la Nación desde el 19 de marzo de 1991 hasta el 4 de julio de 1991, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del 5 de julio de 1991 al 2 de noviembre de 2009¹³ y, con la Procuraduría General de la Nación desde el 3 de noviembre de 2009,¹⁴ hasta la fecha, que aunque Colpensiones certificó

¹² Folios 23 C.1.

¹³ Obsérvese formatos visibles a folios 6 al 18 de la encuadernación principal.

¹⁴ Véase acta de posesión visible a folios 79 C.1, así como manifestación de la accionada en el sentido que la actora se encuentra vinculada a esa entidad en el cargo de Procuradora 32

que ha cotizado 963 semanas,¹⁵ ello obedece a que dicha entidad sólo reporta desde el año 1998 en que se aporta al Instituto de Seguros Sociales, empero los años anteriores se ven reflejados en los certificados de información laboral que expidió el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.¹⁶

Conforme a lo expresado, se advierte que la accionante es sujeto de especial protección constitucional, ya que cumple con el estatus de pensionada y además que afirmó,¹⁷ que es madre cabeza de hogar, por cuanto del salario que devenga como Procuradora Judicial I de Familia, provee para la manutención suya y de su familia conformada por sus hijas Andrea y Laura Cristina Laverde Walter y, de su progenitora Marlene Villareal Walter de 78 años de edad, como se lee en el informe de entrevista realizado por la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación de 7 de julio de 2016, al que adjuntó declaración extraproceso de la última de las mencionadas, así como de las certificaciones expedidas por la Universidad sobre la situación de estudiantes de las hijas,¹⁸ correspondiéndole entonces a la accionante desvirtuar lo allí afirmado.

Judicial I de Infancia , Adolescencia y Familia, Código 3PJ, Grado EC, de Medellín, visible a folios 111 vuelto del C.1.

¹⁵ Folios 124 y siguientes de la encuadernación principal.

¹⁶ Folios 7 y siguientes del expediente.

¹⁷ sentencia T-174 de 2003, dijo la Corte Constitucional: *"En desarrollo de la jurisprudencia este tribunal ha decantado una serie de reglas en materia probatoria que el juez de tutela debe aplicar, atendiendo la obligación de salvaguardar a todas las personas respecto de cualquier acción u omisión que vulnere o ponga en peligro sus derechos fundamentales. La jurisprudencia de esta corporación en sede de tutela ha permitido en situaciones muy particulares que se flexibilice la carga de la prueba a favor de un peticionario, de conformidad con en el reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.), y en el establecimiento de mecanismos efectivos para su protección y aplicación (capítulo 4o. del título II de la Carta Política). Para esta Sala es indispensable que la solución final que adopte el juez en el trámite de la tutela, sea ante todo consecuencia de un ejercicio analítico de los elementos probatorios aportados en el marco del proceso. En caso de que se evidencie la ausencia de material probatorio el funcionario judicial deberá aplicar alguna de las siguientes fórmulas: (i) emplear sus poderes oficiosos con el fin de obtener la información necesaria para resolver la cuestión, (ii) recurrir a la carga dinámica de la prueba, (iii) en situaciones específicas, usar los criterios de flexibilización probatoria que la jurisprudencia constitucional autoriza y (iv) aplicar la lógica de lo razonable de conformidad con la experiencia y la sana crítica. Todo lo anterior con el fin de lograr que la solución final que adopte, sirva, ante todo, para proteger el derecho invocado."*

¹⁸ Folios 35, 37 y 38 C.1.

19

Acción de tutela.

Silvia Marlene Walter Villareal Vs. Procuraduría General de la Nación
Radicado: 05001221000020160031100 *2016-436

Por lo dicho, se concederá la tutela de los derechos a la estabilidad laboral reforzada, así como los derechos a la subsistencia de la accionante y de su familia, cuya protección fue invocada. En consecuencia, se ordenará al señor Procurador General de la Nación en protección del derecho constitucional que ostenta la accionante, conservarle la calidad de servidora pública de la misma, para tal efecto y tal como lo dijo la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia de 29 de julio de 2016, allegada con la demanda,¹⁹ permitirá a la señora Walter Villareal, acceder a alguno de los tres cargos ofertados a los cuales ninguno de los integrantes de la lista de elegibles para proveer el cargo de Procurador Judicial I. Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia. Código 3PJ-FG, a que refiere la Resolución No. 337 de 8 de julio de 2016, aspiraron, *“pues para el caso el número de cargos es superior a las personas que ganaron el concurso, sin que a la fecha se haya designado a persona alguna para proveer estos cargos, similares al que ella 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.”*²⁰

Se advertirá a la accionada que debe remitir copia de la actuación relativa al cumplimiento del presente fallo a éste Tribunal, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la designación de la accionante en uno de los tres cargos que existen en la Procuraduría en el evento de que se realice designación en el cargo que actualmente ocupa de la lista de elegibles, so pena de hacerse acreedora a las sanciones privativa de la libertad, pecuniaria y penal que por desacato establece la Ley (Art. 23 inciso 2° y 29-4-5 y 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991).

¹⁹ Obsérvese acción de tutela formulada por Aurora Martínez Arango contra la Procuraduría General de la Nación. Radicado 76001-22-05-000-2016-0329-00, visible a folios 47 a folios 54 de la encuadernación principal.

²⁰ Obsérvese folios 51 de la encuadernación principal.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, El tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión de Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **FALLA: CONCEDE** la tutela de los derechos fundamentales cuya protección reclamó Silvia Marlene Walter Villareal, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia **ORDENA** al Procurador General de la Nación, o quien haga sus veces, que conserve a Silvia Marlene Walter Villareal, identificada con la cédula de ciudadanía No. 42.972.327, la calidad de servidora pública, permitiéndole una vez se realice el nombramiento en carrera del cargo que ostenta en esa entidad como Procuradora 32 Judicial I. Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, acceder a un nombramiento en provisionalidad, en alguno de los tres (3) cargos que existen en la Procuraduría, hasta cuando cumpla los requisitos para la pensión de vejez y sea incluida en nómina, ya que fue inferior el número de integrantes de la lista de elegibles en esa especialidad, quedando la accionada con las facultades enunciadas en la convocatoria del concurso para determinar la plaza en la cual corresponda ejercer ese cargo a la accionante, **ADVIERTE** a la accionada que debe remitir copia de la actuación relativa al cumplimiento del presente fallo a éste Tribunal, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la designación de la accionante en uno de los tres cargos que existen en la Procuraduría en el evento de que se realice designación en el cargo que actualmente ocupa de la lista de elegibles, so pena de hacerse acreedora a las sanciones privativa de la libertad, pecuniaria y penal que por desacato establece la Ley (Art. 23 inciso 2° y 29-4-5 y 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991).

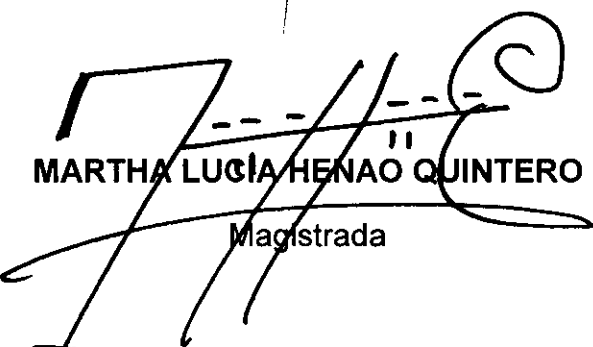
NOTIFÍQUESE, esta providencia de ser posible personalmente a las partes y a los vinculados, si concurren a la Secretaría de la Sala o en su defecto mediante telegrama dirigido a la dirección denunciada con tal finalidad. (arts. 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5° del Decreto 306 de 1992) y a los vinculados mediante la página Web de la entidad accionada. Si este fallo no fuere impugnado en tiempo, **REMÍTASE** a la Corte

Constitucional para su eventual revisión. (Artículo 31 inciso 2° Decreto 2591 de 1991).

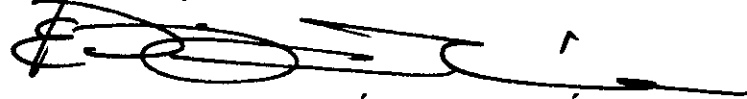
NOTIFÍQUESE



LUZ DARY SANCHEZ TABORDA.
Magistrada Ponente



MARTHA LUCIA HENAO QUINTERO
Magistrada



EDINSON ANTONIO MÚNERA GARCÍA
Magistrado