



CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE BOGOTÁ
Sala Jurisdiccional Disciplinaria

Ref.: Radicado número: **2016-5338**

Bogotá, D. C., once (11) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

De conformidad con lo establecido por el artículo 37 de decreto ley 2591 de 1991, se dispone:

ADMÍTESE la acción de tutela presentada por la ciudadana **MARÍA MARCELA DUARTE TORRES** contra la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**. En consecuencia:

1.- Notifíquese por el medio más expedito al Procurador General de la Nación, como parte accionada, y a todos los concursantes que conforman las listas de elegibles dentro de la convocatoria abierta por medio de la resolución No. 040 del 20 de enero de 2015 para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad, así como al señor **MIGUEL ANTONIO CARVAJAL PINILLA**, quien fue nombrado en el cargo que ocupaba la accionante, y a todos los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación que ocupan, o venían ocupando, en provisionalidad cargos de Procurador Judicial I y II, como terceros con interés legítimo para intervenir, a quienes se les indicará que si lo tienen a bien, cuentan con el término perentorio de **UN (01) DÍA** para que ejerzan los derechos de contradicción y defensa en relación con la acción de tutela de la referencia.

Para efecto de lo ordenado en precedencia, la Procuraduría General de la Nación deberá publicar el aviso correspondiente en la página web dispuesta para las comunicaciones oficiales de la citada convocatoria, o en el instrumento idóneo que tenga para tal fin, adjuntando el escrito de solicitud de amparo constitucional, la presente decisión y demás providencias que se profieran dentro de esta acción, debiendo advertirle a los interesados en hacerse parte como intervinientes sobre el término de que disponen para que se pronuncien sobre la misma, el cual comenzará a contarse a partir de la publicación efectiva del aviso en comentario.

2.- Oficiése a la Oficina de Selección y Carrera y a la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación con el fin de que alleguen los antecedentes administrativos de la respuesta dada al derecho de petición presentado por **MARÍA MARCELA DUARTE TORRES** el 12 de abril de 2016 bajo el radicado No.

125488-2016, como quiera que la accionante considera que lo planteado no se resolvió de fondo.

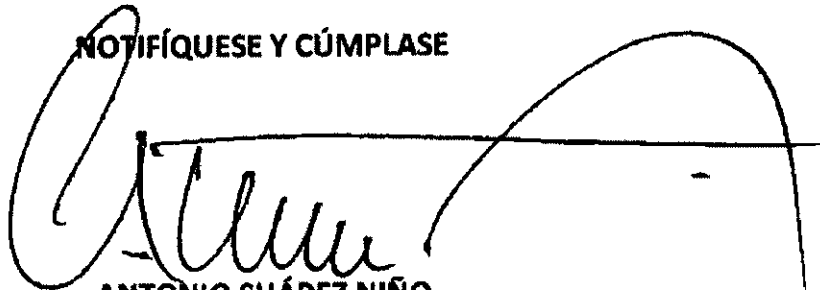
3.- Oficiese a la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá solicitándole que allegue copia íntegra de la acción de tutela promovida el 13 de julio de 2016 por la señora MARÍA MARCELA DUARTE TORRES o, en su defecto, el expediente original para practicar inspección judicial.

Para la práctica de las pruebas ordenadas indíquese en los oficios respectivos que se concede el término perentorio de un (01) día.

4.- Comuníquese a la accionante el presente auto.

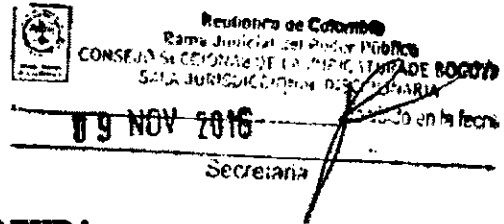
5.- Líbrense las comunicaciones de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ANTONIO SUÁREZ NIÑO
Magistrado

Bogotá, noviembre 9 de 2016



Señores
HONORABLES MAGISTRADOS
CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA
BOGOTÁ

ACCIÓN DE TUTELA

Accionante: **MARIA MARCELA DUARTE TORRES**
Accionado: **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

MARIA MARCELA DUARTE TORRES, identificada con cedula de Ciudadanía No. 63.287.150 de Bucaramanga, con domicilio actual en esta ciudad, medio del presente acudo a su despacho con el fin de interponer **ACCIÓN DE TUTELA** contra la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que se me proteja el **DERECHO CONSTITUCIONAL DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA** por ostentar la condición de **PREPENSIONADA**, **DERECHO A LA IGUALDAD**, **DERECHO AL MÍNIMO VITAL Y MOVIL**, **DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO**, **DERECHO AL TRABAJO Y A LA SEGURIDAD SOCIAL**, amenazados por la Entidad Accionada teniendo en cuenta los siguientes:

HECHOS:

1. El Procurador General de la Nación, en uso de sus facultades constitucionales y legales, mediante Decreto 1243 del 5 de septiembre de 2002, me nombro en el Cargo de Procuradora 51 Judicial II Penal en la Ciudad de Bucaramanga, código 3PJ, Grado EC.
2. La Procuraduría General de la Nación mediante la **Convocatoria 2015 Procuradores Judiciales**, realizó Concurso Público de Méritos para proveer **todos** los cargos de Procuradores Judiciales I Y II en cumplimiento de una orden de la sentencia C-101 de 2013 de la Corte Constitucional.

3. En la actualidad cuento con 55 años 10 meses de edad y con más 1.300 semanas cotizadas requeridas en el Régimen Pensional COLPENSIONES.

4. Con anterioridad trabajé en:

CONTRALORIA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

- Inspectora visitadora Fiscal del 27 de enero de 1986 al 30 de julio de 1996.
- Asesor general del 29 de julio de 1992 al 31 de agosto de 1994

Tiempo de servicio en Contraloría: 2 años 7 meses 5 días.

GOBERNACION DE SANTANDER

- Comisaria Primera Departamental de Policía del 1 de agosto de 1986 al 3 de mayo de 1988
- Asistente de la Dirección de Justicia del 17 de mayo de 1990 al 1 de enero de 1992

Tiempo servicio Gobernación: 3 años 6 meses 4 días

FISCALIA GENERAL DE LA NACION

- Profesional Universitario de la Dirección Administrativa y financiera de Bucaramanga del 2 de septiembre de 1994 al 30 de septiembre de 1996
- Fiscal Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Bogotá del 1 de octubre de 1996 al 30 de septiembre de 1999

Tiempo de servicio en la Fiscalía: 5 años 28 días

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

- Gerente Seccional para Santander del 1 de octubre de 1999 al 29 de enero de 2002

Tiempo de servicio Auditoría: 2 años 2 meses 29 días

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN

- Procuradora 51 Judicial Penal II del 2 de octubre de 2002 al 6 de septiembre de 2016

Tiempo de servicio en procuraduría: 13 años 11 meses 5 días

Para un total de 27 años 4 meses 11 días, que corresponde a más de 1400 semanas cotizadas al régimen de prima media, hoy COLPENSIONES, entidad que solo reporta en la historia laboral parte de esas semanas, ya que antes cotizaba a fondo privado Porvenir, y no se ha actualizado por parte de COLPENSIONES, dicha historia laboral, no obstante lo anterior, el tiempo laborado se demuestra con los formatos CLEPT exigidos por el Ministerio de Hacienda para obtener la pensión de jubilación, los que anexo en la relación de pruebas.

5. Mediante Derecho de petición del 9 de febrero de 2015, se solicitó a la procuraduría General de la Nación tuviera en cuenta en otras peticiones, la condición de prepensionados al momento de la provisión de los cargos en el desarrollo del concurso de procuradores judiciales y en su respuesta identificada mediante oficio 000292 SIAF 070124 del 27 de febrero de 2015, manifestó que al momento de la expedición e la lista de elegibles se analizaría la protección especial del prepensionado.
6. El día 8 de abril de 2016 mediante Derecho de Petición que fue recibido en la Entidad el 12 de abril del año en curso, informé al Señor JORGE MARIO SEGOVIA ARMENTA, Jefe de la Oficina de Selección de carrera de la Procuraduría General de la Nación, mi calidad de pre pensionada atendiendo a mi edad y a las semanas de cotización y anexando todos los soportes de prueba para ello, con el fin de que se garantizara mi derecho a la estabilidad laboral reforzada, al momento de la provisión de cargos en el desarrollo del concurso de procuradores judiciales, hasta tanto no me fuese notificado la inclusión de mi nombre en la nómina de pensionados de COLPENSIONES.
7. En su respuesta el día 29 de Abril de 2016 se me informó que la solicitud junto con sus soportes serian remitidos a mi hoja de vida para que fuera considerada por el señor Procurador General de la Nación *"en el evento en que lo estime necesario y de conformidad con sus facultades constitucionales y legales"*; sin que fuera **resuelta de fondo** de fondo mi petición.
8. El día 11 de Julio de 2016 mediante Resolución 357 la Procuraduría General de la Nación publicó la lista de elegibles para **ocupar todos** los cargos de Procuradores Judiciales Penales II observándose así una amenaza cierta e inminente de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Nacional, ya que la Resolución 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

- jubilación, su trabajo es independiente y lo devengado no es suficiente para cubrir todos los gastos, como lo es seguir cotizando hasta cuando cumpla con el requisito de edad, valor mensual de dicha cotización es de 5.300.000 por salud y pensión, así como compromisos o deudas adquiridas con anterioridad como lo es un leasing habitacional adquirido con el Banco BBVA por valor de ciento treinta millones (\$130.000.000)
14. En fecha 30 de agosto de 2016, con comunicación radicada SG No 4334 del 12 de agosto de 2016 enviada a través del correo institucional se me informa que el Dr. MIGUEL ANTONIO CARVAJAL PINILLA, fue nombrado mediante Decreto 3667 del 8 de agosto de 2016 y se me entera mi culminación laboral con la entidad en provisionalidad.

De los hechos narrados se puede establecer que la Procuraduría General de la Nación está amenazando mis derechos fundamentales consignados en la Constitución Nacional tales como al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna, a la Igualdad y la Protección especial de la Estabilidad Laboral Reforzada por tener mi condición de Pre Pensionada.

PRETENSIONES

1. Se tutelen mis derechos fundamentales a la **Estabilidad Laboral Reforzada por tener mi condición de Pre Pensionada, debido proceso administrativo, al trabajo, al mínimo vital y móvil, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna, y al Derecho a la Igualdad** que están siendo vulnerados por la Procuraduría General de la Nación.
2. Ordenar la Procuraduría General de la Nación el reintegro al cargo que desempeñaba o a uno de la misma categoría, con el fin de obtener la pensión de vejez ya que en la actualidad cuanto con 55 años de edad, diez (10) meses y cuento con más de 1.400 semanas cotizadas, faltando menos de dos años para cumplir con los requisitos de Ley para obtener el derecho a la pensión.

COMPETENCIA

Es Competente Señor Juez para conocer de la presente Acción de Tutela en virtud de lo previsto en el Decreto 2591 de 1991.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Artículo 13 de la C. N.

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

La PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN no adoptó medidas necesarias en favor de las personas que nos encontramos en circunstancia de debilidad manifiesta.

Artículo 86 de la C. N.

Toda persona podrá hacer uso de la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o **amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.**

El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la **OMISIÓN** de cualquier autoridad pública o de los particulares.

LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN es una entidad pública que **OMITIÓ** en la reglamentación de la Convocatoria del proceso de selección de carrera de Procuradores Judiciales, Resolución No 040 de 20 de enero de 2015, prever mecanismos necesarios para garantizar que las personas próximas a pensionarse, es decir que les faltare tres años o menos para obtener su derecho a la pensión, no sean desvinculadas de la entidad hasta tanto no se concrete el derecho a una pensión de vejez.

Se solicita se ordene a la entidad accionada que establezca los mecanismos necesarios tales como traslados o acceso a empleos de igual o mayor jerarquía dentro de la institución para garantizar el derecho constitucional de estabilidad laboral reforzada lo que se traduce en que no se me desvincule hasta tanto no se concrete mi derecho pensional.

FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T-186/13

(...)

"... ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA Y PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE- Garantía

Se ha señalado que la permanencia en los empleos de carrera debe responder a reglas constitucionales o legales, de índole objetiva, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. Uno de los factores que ha evaluado la jurisprudencia para la permanencia en el empleo es la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional, entre ellos los servidores públicos próximos a pensionarse, denominados comúnmente como prepensionados. El aspecto central de este tópico consiste en que para determinados grupos de funcionarios, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o prepensionados, concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa.

RETEN SOCIAL A PREPENSIONADOS-Reiteración de jurisprudencia sobre su aplicación y alcance

El retén social es una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por 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 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 enseguida.

PROVISIÓN DE CARGOS DE LA LISTA DE ELEGIBLES PREVIO CONCURSO DE MÉRITOS Y LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD, MADRES Y PADRES CABEZA DE FAMILIA Y PREPENSIONADOS.
Aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad ante la tensión entre estabilidad laboral reforzada de prepensionados y provisión de cargo de carrera mediante concurso

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 escenario 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. La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, el cual no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas 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.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA Y PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Orden de reintegrar a la accionante por ser prepensionada y cabeza de familia

13. Un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral reforzada 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 escenario 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.

La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, el cual no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas 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.

14. En cuanto a lo primero, la Corte ha insistido que la interpretación mecánica y aislada de las normas de la carrera administrativa no es acertada, en cuanto 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. Esa 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. Así, se ha considerado en la jurisprudencia, 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-715/99¹ 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

¹ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

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.²

15. La interpretación razonable de las normas sobre carrera administrativa, de acuerdo con el precedente expuesto, 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

² Corte Constitucional, sentencia T-017/12.

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 se hayan proveído 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.

16. Estas fueron las consideraciones plasmadas por la Corte en la sentencia T-729/10, reiterada en la decisión T-017/12. En aquella oportunidad, 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 se proveyó en propiedad mediante concurso. Esto a pesar de que, con acompañamiento de la propia entidad, había radicado la solicitud de pensión de jubilación ante Cajanal. La Corte constató que se conformó una lista de elegibles de 43 personas para la provisión de 64 cargos de Delegados Departamentales que habían sido ofertados a través del concurso de méritos, por lo que al no haberse proveído en propiedad todos los empleos, la Administración no podía decidir al azar qué personas iban a ser removidas, ni tampoco desvincular a todas las personas que se encontraran en provisionalidad, pues debía considerar las circunstancias particulares de cada caso, como el del accionante, quien por tener en trámite su solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación hacía parte de un grupo vulnerable, en tanto la desvinculación de su trabajo podía implicar la solución de continuidad entre sus ingresos recibidos como contraprestación al trabajo y el goce efectivo de sus mesadas pensionales.

Para sustentar esta conclusión, la Sala de Revisión planteó las siguientes premisas, que al mostrarse dirimientes para resolver el asunto planteado, son transcritas in extenso.

**[E]stima la Sala que la efectiva celebración de los concursos públicos de méritos es una causa que cumpliría con las condiciones necesarias para imponer una afectación a la estabilidad laboral del afectado. Primero, porque el concurso solo se realiza si el cargo se encuentra en vacancia, lo que excluye de plano que pueda afectar a funcionarios nombrados en propiedad. En consecuencia, (ii) los funcionarios que se ven*

afectados por la celebración del concurso de la Registraduría Nacional del Estado Civil son aquellos que se encuentran nombrados en provisionalidad, así que son conscientes del carácter precario de su estabilidad; y, (iii) porque en la sentencia C-588 de 2009, la Sala Plena de este Tribunal consideró que la inscripción extraordinaria en carrera (medida destinada a proteger a todos quienes se hallaban en provisionalidad al momento de iniciarse los concursos de méritos) afecta el núcleo del sistema democrático, tal como fue concebido por el constituyente de 1991.

En el mismo sentido, la decisión de desvincular a quienes no aprobaron fases decisivas del concurso de méritos, resultaba idónea para garantizar la eficacia del mandato democrático de asegurar el ingreso a la carrera solo en razón del mérito.

Sin embargo, la medida no es necesaria, debido a que la convocatoria 003 de 2008 se abrió para la provisión de 64 cargos de delegado departamental, y el resultado del concurso de méritos produjo la elaboración de una lista de elegibles conformada por 43 nombres. Esto significa que 21 de los cargos no se encuentran actualmente provistos mediante concurso de méritos, y que la entidad, en virtud de los principios de ausencia de arbitrariedad del estado de derecho; de razonabilidad y proporcionalidad que limitan las limitaciones a los derechos fundamentales en el estado constitucionalidad, y en atención al carácter de derecho fundamental y principio esencial del estado social que ostenta el derecho al trabajo, no podía decidir por azar cuáles funcionarios debían mantenerse en sus cargos y cuáles debían ser retirados; pero tampoco podía decidir desvincularlos a todos sin tomar en cuenta su situación particular, pues ello constituye un desconocimiento del artículo 13 constitucional (particularmente en sus incisos 3º y 4º).

El hecho de que la entidad le haya informado al actor, días antes de declarar la insubsistencia de su nombramiento, que había sido incluido en el plan de prepensionados de la entidad, destinado a acompañarlo en los trámites para la obtención de su pensión de vejez, sí permite acreditar que la parte accionada conocía plenamente su situación, y que era consciente de su estado de vulnerabilidad.

Por lo tanto, no podía aplicar lo que podría denominarse la "regla absoluta de exclusión", para evitar la "exclusión al azar", como se infiere de la contestación a la demanda sino que, en aplicación de los principios de buena fe y solidaridad social, debía tomar en cuenta la situación del actor quien, además de encontrarse en trámite de reconocimiento pensional, prestó sus servicios profesionales a la entidad por más de 28 años" (subrayas no originales). ..."

LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN debe garantizar mi permanencia en la entidad hasta que sea incluida en nómina de pensionados por cuanto soy sujeto de protección constitucional por estar próxima a pensionarme hecho que era conocido por la entidad por tanto debe tomar todas las medidas pertinentes como traslado a un cargo de igual o superior categoría o cualquier otra con la que la entidad garantice mi derecho constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T-156/14

3. La estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad

3.2. La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, el cual es exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Sobre esto, la Corte ha sostenido que los cargos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro.[26] Esto, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales.

En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante el concurso de méritos, por lo que su permanencia en el cargo 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 que debe cumplir, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución.[27]

Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica 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, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.[28]

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, funcionarios que están próximos a pensionarse o funcionarios que padecen discapacidad física, mental, visual o auditiva, "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".[29]

Si bien estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de concurso de méritos, si debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa,[30] antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2° y 3° del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P) y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.). [31]

3.4. En relación con el tema, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos

fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011,^[32] esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de personas con disminución física, sensorial o psíquica, madres y padres cabeza de familia o prepensionados. Al respecto expresó:

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

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

“Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad”.

En esta ocasión debe tenerse en cuenta que el actor es un funcionario público que fue nombrado como provisional en un empleo de carrera, pero además tiene la condición de prepensionado, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 3905 de dos mil nueve (2009).

4. Cargos de carrera, ocupados en provisionalidad por personas que tienen la condición de prepensionados

4.1. Debe la Sala precisar en relación las afirmaciones realizadas en el proceso de tutela, por parte de la Secretaría de la Función Pública del Departamento de Cundinamarca y luego consignadas en el fallo por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el cual se sostuvo que el señor Riveros no es beneficiario de la figura del retén social, en cuanto éste sólo aplica a los empleados de aquellas entidades estatales que están en procesos de renovación o de reestructuración.

En esta ocasión no se trataba de un proceso de reorganización de la planta de personal de la entidad accionada originada en una reestructuración de la misma, sino que se llevó a cabo un concurso de méritos para proveer los cargos que se encontraban ocupados por personal en provisionalidad. Sin embargo, ello no implica que el señor Riveros no tuviera derecho a la estabilidad laboral relativa, en virtud de la protección establecida en el Decreto 3905 de 2009 "Por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa" y en el Acuerdo 121 de 2009 "Por medio del cual se establece el procedimiento a seguir para implementar lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009", aquellos funcionarios provisionales que ostentan la condición de prepensionados tienen derecho a permanecer en sus empleos hasta tanto causen su derecho a la pensión.

Mecanismos de protección de los funcionarios públicos prepensionados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad en el marco de un concurso de méritos

4.2. La figura del retén social no puede confundirse con la estabilidad laboral de quienes ocupan cargos públicos en provisionalidad, ya que mientras que el retén social se predica de aquellos funcionarios públicos que, en el marco del programa de reestructuración de las entidades del Estado, ostentan la condición de padres o madres cabeza de familia, personas con limitación física, mental, visual o auditiva y funcionarios próximos a pensionarse;^[33] la figura de la

estabilidad relativa de los empleados que ocupan cargos en provisionalidad y que se acogieron al beneficio establecido en el Decreto 3905 de dos mil nueve (2009), hace referencia a aquellos funcionarios: (i) que fueron nombrados en tales cargos antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004), (ii) a cuyos titulares a la fecha de expedición del Decreto 3905 de 2009 les falte tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, razón por la cual (iii) sus puestos serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

4.3. El Presidente de la República expidió el Decreto 3905 de 2009 "Por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa", con el fin de otorgar una protección especial frente a la permanencia en el empleo, en el marco de la realización del concurso de méritos, a los funcionarios públicos que se encuentran próximos a pensionarse y se desempeñan en cargos de carrera en provisionalidad. Esto, en aras de evitar la desvinculación del servicio de manera inmediata y sin consideración alguna de su condición de prepensionados.^[34]

Mediante el Acuerdo 121 de dos mil nueve (2009) "Por medio del cual se establece el procedimiento a seguir para implementar lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009" se dijo en el artículo 1° que en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 3905 de dos mil nueve (2009), los jefes de los organismos o entidades deberán reportar a la CNSC, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación del referido Decreto, los empleos que se encuentren ocupados en las siguientes condiciones: (i) Que se trate de un empleo vacante en forma definitiva que pertenezca al sistema de carrera general, a los sistemas específicos y al sistema especial del Sector Defensa; (ii) Que esté siendo desempeñado con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004); (iii) Que quien esté desempeñado dicho empleo en las anteriores condiciones, a la fecha de expedición del Decreto 3905 de 2009, estos es, ocho (8) de octubre, le falten tres (3) años o menos para causar su derecho a la pensión de jubilación; (iv) Finalmente, resaltó que se entiende que se ha causado el derecho a la pensión cuando se cumpla con la totalidad de los requisitos, que conforme a las normas vigentes, le permitan al servidor solicitar su reconocimiento pensional.

El artículo 12 del Acuerdo en cita, consagra la condición suspensiva en que queda sometida la posibilidad de ofrecer un cargo ocupado en

provisionalidad por un prepensionado en el concurso de méritos: "Los empleos reportados ante la CNSC desempeñados por servidores provisionales en condición de prepensionados que cumplan con los requisitos establecidos en el Decreto 3905 de dos mil nueve (2009), estarán sometidos a una condición suspensiva, en la medida en que sólo serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional".

4.4. Como se observa, el Decreto 3905 de dos mil nueve (2009) y el Acuerdo 121 de dos mil nueve (2009), tienen entre sus finalidades que aquellos empleos que se encuentren ocupados por funcionarios provisionales prepensionados nombrados antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004),^[35] puedan ser identificados y excluidos del concurso por estar sometidos a una condición suspensiva, en la medida en que sólo serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

4.5. Lo expuesto, pone de presente la relevancia constitucional de garantizar una protección especial frente a la estabilidad en el empleo a las personas próximas a pensionarse, que se encuentren bien sea en el marco de un proceso de reestructuración del Estado, de liquidación de una entidad, o de cualquier otra situación en la cuál entren en tensión los derechos al mínimo vital y al trabajo, frente a la aplicación de disposiciones que impliquen el retiro del cargo; en aras de garantizar el disfrute de la pensión de vejez como manifestación del derecho a la seguridad social. (Resaltado fuera del texto).

5. La acción de tutela procede de manera excepcional para controvertir los actos administrativos

5.1. Para resolver el asunto que convoca a la Sala, se realizará el análisis acerca de la procedibilidad de la acción de tutela. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que el mecanismo judicial previsto por el ordenamiento jurídico para controvertir los actos administrativos, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho,^[36] ejercida ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Sin embargo, siguiendo lo expresado por esta Corporación en la sentencia T-186 de dos mil trece (2013), las acciones judiciales que se pueden ante esa jurisdicción en ocasiones no resultan idóneas para las personas próximas a pensionarse que ven amenazados sus derechos, quienes dependen

económicamente del ingreso derivado del ejercicio de un cargo público. En dicha sentencia se indicó que ello se debe a:

"[...] que la duración usual de estos procesos excede ampliamente los requerimientos propios de la satisfacción del mínimo vital del afectado. Por ende, como lo ha señalado la Corte, dicha tesis de improcedencia "(...)se fundamenta en las siguientes premisas: el reconocimiento de un derecho pensional, de acuerdo con lo establecido por esta Corporación, debe darse en el término de 4 meses, y la inclusión en nómina de pensionados del interesado, en un término de 2 meses adicionales; de otra parte, según jurisprudencia constante de este Tribunal, la suspensión extendida en el pago de salarios, por más de dos meses, permite presumir la afectación al mínimo vital (SU-955 de 2000).

En ese marco, para que el mecanismo judicial sea efectivo, debería asegurar una respuesta en el término de dos (2) a tres (3) meses o, en cualquier caso, en un término inferior a seis (6) meses. || No hace falta recurrir a estadísticas relacionadas con el nivel de congestionamiento o la duración en promedio de un proceso judicial para asumir que difícilmente la respuesta al problema jurídico podría producirse en menos de seis (6) meses, pues esa situación puede considerarse un hecho notorio. Por lo tanto, en este escenario constitucional y, específicamente, si el propósito de la acción es evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de pensiones, los mecanismos judiciales alternativos (plausiblemente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho) carecen de efectividad suficiente para la protección de los derechos fundamentales amenazados".

5.2. Bajo este contexto, esta Sala considera que en el presente caso la acción de tutela es el mecanismo eficaz para la salvaguarda de los derechos del accionante, en tanto exigirle al señor Fernando Riveros Triviño acudir a la jurisdicción contencioso administrativa no resulta eficaz, teniendo en cuenta su condición de prepensionado y que su salario es la única fuente de ingresos propia y de su familia compuesta por él y su cónyuge.

LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN SI TIENE LA OBLIGACIÓN DE DAR UN TRATO PREFERENCIAL COMO UNA MEDIDA DE ACCIÓN AFIRMATIVA A LAS PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE Y ES SU DEBER OFRECER LOS MECANISMOS PARA GARANTIZAR DICHA CONDICIÓN ANTES DE PROFERIR EL ACTO DE DESVINCULACIÓN COMO CONSECUENCIA DEL NOMBRAMIENTO A LA PERSONA QUE GANO EL CONCURSO.

CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA T-326/14

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 afirmativa[51], 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)[52].

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 2011[53], esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

"Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación[54], 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 desvinculación[55]. 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.

"[...]

"[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, ~~si~~ tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: *i*) las madres y padres cabeza de familia; *ii*) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y *iii*) las personas en situación de discapacidad.

"En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando" (negrillas originales).

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. 24027[56]; 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.

PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN NO DEBE VULNERAR DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS QUE NOS ENCONTRAMOS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD GARANTIZANDO LA PERMANENCIA EN LA ENTIDAD HASTA TANTO NO ACCEDAMOS AL DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.

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 de lprepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica[80].

En la sentencia T-186 de 2013[81] 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[82], 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[83] 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[84].

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[85], 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[86]. 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"[87].

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[88], 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 congestionamiento 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"[89].

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[90]; por la novedad de esa jurisprudencia que apenas está formándose, pues todavía es muy reciente la norma[91], 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.

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.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B"

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

REF: EXPEDIENTE No. 050012333000201200285-01

NUMERO INTERNO 3685-2013

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

ACTOR: EDGAR AUGUSTO ARIAS BEDOYA

.....

Conclusiones.

De las consideraciones esbozadas, la Sala concluye lo siguiente:

- a) La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, **respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.** (resaltado fuera del texto)...

EL CONSEJO DE ESTADO AL IGUAL QUE LA CORTE CONSTITUCIONAL CONSIDERAN QUE EL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO DE ESTABILIDAD REFORZADA A QUIENES ESTAMOS PRÓXIMOS A PENSIONARNOS ES UN IMPERATIVO CONSTITUCIONAL Y EN TAL SENTIDO LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN DEBE GARANTIZARLO TOMANDO TODAS LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU PROTECCIÓN EN LA ENTIDAD MÁXIME CUANDO ES LA ABANDERADA DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES NO SOLO DE LA COMUNIDAD SINO DE LAS PERSONAS QUE LABORAN EN ELLA Y A LA QUE REPRESENTAN.

PRETENSIONES

1. Ordenar a la Procuraduría General de la Nación el reintegro de la accionante al cargo que desempeñaba, o a uno de la misma categoría, con el fin de obtener la pensión de vejez ya que el actualidad cuento con más de 1400 semanas cotizadas, faltando menos de dos años para cumplir los requisitos de ley para obtener el derecho a la pensión.
2. Ordenar que se ampare el derecho a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, y que se brinden las condiciones que protejan mis derechos fundamentales **del debido proceso administrativo, al trabajo, al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna, a la Igualdad y la Protección especial de la Estabilidad Laboral Reforzada por tener mi condición de Pre Pensionada**, que están siendo amenazados por la Procuraduría General de la Nación y que la Entidad tome las medidas necesarias para garantizar mi DERECHO DE ESTABILIDAD REFORZADA tales como: traslado a un cargo igual o superior categoría o cualquier otra que garanticen mis derechos hasta que obtenga la Pensión de vejez y este incluida en la nómina de Pensionados de la Entidad COLPENSIONES para así garantizar mi derecho a una pensión de jubilación

PRUEBAS

1. Copia de la Decreto No. 1243 del 5 de septiembre de 2002, por medio del cual se realiza mi nombramiento en el cargo de Procurador 51 Judicial II Penal de Bucaramanga.
2. Certificación laboral en formato CLEPT de la Contraloría Municipal de Bucaramanga
3. Certificación laboral en formato CLEPT de la Gobernación de Santander
4. Certificación laboral en formato CLEPT de la Fiscalía General de la Nación de los cargos desempeñados
5. Certificación laboral en formato CLEPT de la Auditoria General de la república
6. Certificación laboral de la procuraduría General de la Nación del tiempo de servicios prestados porque no se me ha suministrado aun los formatos CLEPT (el cual fue solicitado con oficio de septiembre 29 de 2016 y remitido a la Entidad con guía

Servientrega No. 945156911 del 30 de septiembre del mismo año).

7. Copia del derecho de petición del 8 de abril dirigido a la Procuraduría General de la Nación, recibido por ésta el 12 de abril del año en curso.
8. Copia de la Respuesta a mi derecho de petición de fecha 29 de abril de 2012, suscrita por la Dra. ANA MARIA SILVA ESCOBAR, Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación.
9. Copia de certificados laborales que dan cuenta del tiempo laborado hasta la fecha.
10. Certificación de deuda de leasing habitacional con el Banco BBVA por cuenta de la suscrita.
11. Acto administrativo que me desvincula del cargo
12. Copia de la Cedula de Ciudadanía de la Suscrita.

NOTIFICACIONES

La suscrita las recibiré en la Carrera 6 No. 123 A - 74 Torre 7 apartamento 301 Conjunto Entremontes de la ciudad de Bogotá D.C.

Teléfono móvil 3183489999

Correo electrónico marceduto@hotmail.com.

A la Procuraduría General de la Nación en la Carrera 5 Nro. 15 - 80 Bogotá D.C.

Atentamente,



MARIA MARCELA DUARTE TORRES
C. C. 63.287.150 de Bucaramanga