

Tribunal Administrativo de Antioquia



República de Colombia

Sala Segunda de Decisión Oral

Magistrada Ponente: Beatriz Elena Jaramillo Muñoz

Medellín, nueve de septiembre de dos mil dieciséis

Referencia:	Acción de tutela
Demandante:	Elias Hoyos Salazar
Demandado:	Procuraduría General de la Nación
Interviniente:	Juan Nicolas Valencia Rojas
Radicado:	05 001 23 33 000 2016 01944 00
Instancia:	Primera
Providencia:	Sentencia No 195
Decisión:	Tutela derecho de petición Declara improcedencia de la tutela, frente a la abstención de la provisión del cargo con la persona que ganó el concurso de méritos.
Asunto:	Provisión del empleo de la Procuraduría Judicial II, Procurador 143 Administrativo.

Procede la Sala a resolver en primera instancia la acción de tutela presentada por el señor ELIAS HOYOS SALAZAR, a través de apoderada judicial, en contra de la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

A través de esta acción constitucional se solicita el amparo de los derechos fundamentales de petición, debido proceso administrativo, trabajo, al mínimo vital, seguridad social, vida digna, igualdad y la protección especial de la estabilidad laboral reforzada por tener la condición de pre pensionado y ser padre cabeza de familia.

ANTECEDENTES:

El accionante hace saber que se vinculó a la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION desde el 1° de julio de 2009, como Procurador Regional de Antioquia, hasta el día 09 de marzo de 2012, en el cual tomo posesión como procurador 24 Judicial II de apoyo a las Víctimas de Yopal; en la actualidad se desempeña como Procurador 143 Judicial II Administrativo de Medellín, desde el 10 de noviembre de 2014.

Que para el día de presentación de la tutela, cuenta con 62 años de edad, con una familia conformada por su cónyuge y su único hijo menor de edad, cursa el grado 10º, quienes dependen de su único ingreso como empleado al servicio de la Procuraduría General de la Nación.

Informó que la Procuraduría General de la Nación, mediante convocatoria 2015 para Procuradores Judiciales (Resolución No 040 de enero 20 de 2015), convocó y realizó a través de la Universidad de Pamplona, concurso público de méritos para proveer todos los cargos de Procuradores Judiciales I y II; que no superó la prueba de conocimientos del concurso, para al alguno de los dos cargos.

Que el día 07 de julio de 2016, elevó petición ante la Procuraduría General de la Nación, remitida a través de empresa de correos¹, en la cual solicitó se le tuviera en cuenta su condición de prepensionado, sin que hasta la fecha haya recibido respuesta.

Puso de presente que la Procuraduría General de la Nación publicó la lista de elegibles para ocupar todos los cargos de Procuradores Judiciales II, mediante la Resolución No 345 del 08 de Julio de 2016, señalando que el nombramiento en periodo de prueba, se realizaría dentro de los veinte (20) días siguientes, plazo que venció el día 08 de agosto de 2016.

Que la Procuraduría tiene conocimiento que varios procuradores judiciales gozan de protección especial y constitucional de prepensionados, la que no fue considerada por la entidad, vulnerando así los derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital, al trabajo, la seguridad social, de petición y acceso a la pensión de vejez.

Alegó que la entidad demanda tiene la obligación de prever y llevar a cabo todas las medidas necesarias para garantizar a las personas en la condición de prepensionados, madres y padres cabeza de familia, no ser desvinculados, hasta cuando se disfrute del derecho a la pensión de vejez y así no lo hizo.

Manifestó que a la fecha de presentación de la tutela cuenta con 1.277,57 semanas cotizadas (532 semanas en entidades públicas hasta antes de 1993, que requieren de bono pensional), más 745,57 semanas cotizadas a Colpensiones, lo que significa que está próximo de tener derecho a la pensión de vejez.

¹ Documento entregado ante la procuraduría el día 08 de julio de 2016.

Solicitó como medida cautelar que la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION se abstenga de nombrar para el cargo que el demandante ocupa, hasta tanto se tomen las medidas necesarias para garantizar su derecho a la estabilidad laboral reforzada, tales como un traslado a un cargo de igual o superior categoría o a cualquier otro que le garantice sus derechos hasta obtener la pensión de vejez y su inclusión en nómina y evitar la solución de continuidad entre el pago de los salarios y la mesada pensional; que en caso de efectuarse el nombramiento para el cargo que ocupa, se ordene su traslado a un cargo de igual o superior categoría en la ciudad de Medellín, por cuanto su hijo –menor de edad- estudia en el Colegio de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín y requiere de su presencia para el buen desarrollo de su personalidad.

PRETENSIONES

1. Que se le tutelen los derechos de petición, debido proceso administrativo, trabajo, mínimo vital seguridad social, vida digna, igualdad y protección especial de la estabilidad laboral reforzada por tener condición de pre pensionado y se padre cabeza de familia;
2. Se le ordene a la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, abstenerse de nombrar de la lista de elegibles el cargo de procurador 143 Judicial II Administrativo, código y Grado 3PJ –EC y de haber efectuado tal nombramiento, ordenar que tome las medidas necesarias para que le garantice su derecho a la estabilidad laboral reforzada, mediante un traslado a un cargo igual o de superior categoría o a cualquier otro que le garantice sus derechos hasta que obtenga la pensión de vejez y esté incluido en nómina de pensionados y evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el de la mesada pensional.
3. Que en caso de ser trasladado a un cargo de igual o superior categoría, sea en la ciudad de Medellín, por cuanto su hijo –menor de edad- adelanta sus estudios de bachillerato en el Colegio de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín y requiere de su presencia para un buen desarrollo de la personalidad.

Actuación procesal

Mediante proveído del 30 de agosto de 2016, se emitió escrito dirigido a los demás integrantes de la Sala de Decisión,

informando impedimento para conocer del trámite de la solicitud de tutela, por cuanto el señor ELIAS HOYOS SALAZAR, se desempeña como Procurador Judicial 143 Judicial II Administrativo ante el Despacho. El Impedimento fue negado mediante decisión del 31 de agosto de 2016.

La tutela se admitió mediante auto del día 31 de agosto de 2016. La medida provisional solicitada fue negada; se tuvo como tercero interviniente interesado al señor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS, de acuerdo a su escrito de intervención que obra a folios 79.

Ante petición del interviniente, se dispuso exhortar al Tribunal Superior de Bogotá, para que remitiera copia de lo actuado en la acción de tutela, radicado bajo el numero 11001 22 010 002016 0224 00, previo a decidir frente a la acumulación de la tutela.

Escrito del interviniente.

El doctor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS Indicó que el señor ELIAS HOYOS SALAZAR ha acudido varias veces a la acción de tutela para cuestionar diversos aspectos del concurso público adelantado por la Procuraduría General de la Nación, para la provisión de los cargos de Procurador Judicial II Administrativo; la radicada No 050012204000020150105700 ante el Tribunal Superior de Medellín, en la que cuestionó el procedimiento de la convocatoria para proveer los cargos; mediante fallo del 25 de noviembre de 2015, la tutela fue negada; la radicada con el No 05001233300020160154800, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, para que se dejara sin efectos el concurso para proveer los cargos de procuradores judiciales I y II mediante la Resolución No 040 del 20 de enero de 2015 y la prueba de conocimientos, la tutela fue negada mediante fallo del 22 de julio de 2016 y la No 500122040020160092000, presentada el 23 de agosto de 2016 ante el Tribunal Superior de Medellín, quien dispuso la remisión por competencia al Tribunal Superior de Bogotá en el cual se radico con el No 1100122010002016224000, sin que hasta el momento haya pronunciamiento.

Expresa que está legitimado para intervenir, por cuanto al haber superado y ganado el concurso público, mediante el Decreto 3283 de 2016, fue nombrado en periodo de prueba por el término de cuatro (4) meses, en el cargo de Procurador Judicial II código 3PJ, grado EC, en la Procuraduría 143 Judicial II Administrativa de Medellín y en el mismo decreto se dispuso la terminación de la

vinculación laboral en provisionalidad del doctor Elías Hoyos Salazar.

Señala que por las razones anteriores tiene derecho a posesionarse como Procurador Judicial II y no puede esperar a que se resuelva, sin haber presentado antes sus argumentos, ante una eventual medida cautelar; por cuanto tiene un derecho legítimo para ocupar el cargo.- folio 80 vuelto. Que tampoco en el fallo definitivo se debe acceder a que se le suspenda la posesión por haber ganado el concurso de méritos.

Indicó que ya aceptó el nombramiento y presentó su renuncia al cargo que ocupa en Empresas Públicas de Medellín, por lo que de proferir una decisión que le impida posesionarse en el cargo de Procurador, se le amenazaría sus derechos adquiridos, el derecho al trabajo y a la seguridad social.

Solicitó que no se haga nugatoria la orden contenida en la sentencia de la Corte Constitucional C-101 de 2013, desconociendo los derechos de quienes en virtud de tal decisión, ganaron un concurso público de méritos.

En el folio 103 obra documento de la apoderada del accionante, en el que se refiere al escrito presentado por el interviniente.

En cuanto a la solicitud de acumulación de la tutela que se radicó en el Tribunal Superior de Bogotá con el número 110012204000201602240000, fue retirada mediante memorial recibido en la secretaría del Tribunal, el día 30 de agosto de 2016. Se allegó copia de la decisión fechada el día 31 de agosto de 2016, por medio de la cual, el Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal aceptó el retiro de la acción de tutela.

El demandante manifestó que con la presente tutela se encamina a la protección de los derechos fundamentales amenazados por la Procuraduría General de la Nación y en ella no se está solicitando se afecten los derechos del señor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS –transcribió la medida cautelar solicitada, también transcribió las pretensiones-

El doctor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS, mediante escrito presentado ante la secretaría del Tribunal, el día 06 de septiembre de 2016, solicitó que independientemente de la decisión que se adopte, se abstenga de emitir un pronunciamiento que implique el desconocimiento de su derecho a permanecer en el cargo.

La réplica

La entidad demanda guardó silencio.

Cumplidos los trámites de rigor, para resolver la solicitud de tutela, la Sala Segunda de Decisión Oral,

C O N S I D E R A:

Conforme a los antecedentes de esta providencia, la parte demandante solicita se le ordene a la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, abstenerse de nombrar de la lista de elegibles el Cargo de Procurador 143 Judicial II Administrativo, Código y Grado 3PJ –EC y de haber efectuado tal nombramiento, ordenar que tome las medidas necesarias para que le garantice su derecho a la estabilidad laboral reforzada, mediante un traslado a un cargo igual o de superior categoría o a cualquier otro que le garantice sus derechos hasta cuando obtenga la pensión de vejez, esté incluido en nómina de pensionados y se evite la solución de continuidad entre el pago de salarios y el de la mesada pensional; que en caso de ser trasladado a un cargo de igual o superior categoría, sea en la ciudad de Medellín, por cuanto su hijo –menor de edad- adelanta sus estudios de bachillerato en el Colegio de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín y requiere de su presencia para un buen desarrollo de la personalidad.

Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta el escrito de amparo constitucional, le corresponde a la Sala establecer la demandada le vulneró debido proceso administrativo, trabajo, mínimo vital, seguridad social, vida digna, igualdad y la protección especial de la estabilidad reforzada por tener la condición de prepensionado y ser padre cabeza de familia; por cuanto mediante el Decreto No 3283 del 08 de agosto de 2016, el Procurador General de la Nación hizo el nombramiento en periodo de prueba, por el término de cuatro (4) meses al doctor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS en el cargo de Procurador Judicial II –Código 3PJ, grado EC, en la Procuraduría 143 Judicial II Administrativa y dispuso en consecuencia, a partir de la posesión del nombrado, culminar la vinculación laboral, en provisionalidad, del doctor ELIAS HOYOS SALAZAR; además si le vulneró el derecho de petición al no haber emitido respuesta frente a la petición que fue recibida el 08 de julio de 2016, por la entidad.

En la presente acción constitucional se aportaron los siguientes documentos:

- Copia de certificación de nacimiento del señor ELIAS HOHOS SALAZAR, hecho que ocurrió el día 28 de agosto de 1954. Folio 38
- Copia de la cedula de ciudadanía del demandante. Folio 39
- Copia de certificación laboral del demandante:
 - Emitida por la Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, laboró entre el día 14 de marzo de 1977 al 02 de agosto de 1982. folio 40.
 - Emitida por la secretaría de servicios administrativos del municipio de Medellín, laboró entre el 04 de julio de 1984 al 14 de enero de 1987 folio 41.
 - Contraloría general de Antioquia, desde el 19 de enero de 1989 al 20 de agosto de 1991- folio 42.
- Reporte de semanas cotizadas a Colpensiones. Folio 43 a 49.
- Copia de derecho de petición –con fecha 30 de junio de 2016-, dirigido al Procurador General de la Nación, en el cual le informa la condición de prepensionado, para que se le garantice el nombramiento en provisionalidad hasta tanto reúna los requisitos para acceder a la pensión; y agrega que *"Como corolario de lo anterior, Señor Procurador General de la Nación, solicito de su digno Despacho sea tenido en cuenta mi nombre y actual cargo para la respectiva inscripción en lo que dice relación con la condición de pre pensionado en orden a la especial protección de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en concordancia con la Jurisprudencia pertinente, derivándose de allí los beneficios inherentes de la misma en favor del infrascrito"*². Folio 50 a 52.
- Constancia de recibo del derecho de petición por parte de la entidad el día 08 de julio de 2016 – folio 4.-
- Copia de declaración juramentada con fines extraprocesales de la señora MARIA DORIS GONZALEZ TORRES, quien manifiesta ser la cónyuge del demandante, no cuenta con empleo, ingreso dependiendo del salario del cónyuge. – folio 53.

² Folio 52.

- Resolución 349 del 09 de julio de 2016 por la cual se establece la lista de elegibles del empleo para procurador judicial II – Procuraduría Delegada para la Restitución de Tierras – folio 54-
- Resolución 348 del 09 de julio de 2016 por la cual se establece la lista de elegibles del empleo para procurador judicial II – Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios – folio 57.
- Resolución 346 del 08 de julio de 2016 por la cual se establece la lista de elegibles del empleo para procurador judicial II – Procuraduría Delegada para Asuntos del Trabajo y al Seguridad Social. folio 60.-
- Resolución 345 del 08 de julio de 2016 por la cual se establece la lista de elegibles del empleo para procurador judicial II – Procuraduría Delegada para Conciliación Administrativa. folio 64 y 89.
- Resolución 344 del 08 de julio de 2016 por la cual se establece la lista de elegibles del empleo para procurador judicial II – Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia – folio 72-
- Decreto No 3283 del 08 de agosto de 2016 por el cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se termina una provisionalidad. Se nombra al doctor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS en el Cargo de Procurador Judicial II, en la procuraduría 143 Judicial II Administrativa con sede en Medellín y se termina la provisionalidad del doctor ELIAS HOYOS SALAZAR. Folio 93 vuelto.
- Comunicación de nombramiento No 3490, con fecha 12 de agosto 2016, en aplicación de lista de elegibles, al doctor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS. Folio 93
- Carta de radicación de renuncia con fecha 2016/08/25, por parte del doctor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS, a empleo en Empresas Públicas de Medellín, - folio 95.
- Acta de posesión del doctor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS en el cargo de Procurador Judicial II Código 3PJ, Grado EC en la Procuraduría 143 Judicial II administrativa, con sede en Medellín- folio 137.

Régimen jurídico.

Finalidad jurídica de la acción de tutela. Acción de tutela como mecanismo subsidiario

La Acción de Tutela, de conformidad con lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y su Decreto Reglamentario 2591 de 1991, artículo 1° **constituye un medio de defensa de carácter excepcional consagrado en beneficio de toda persona**, para reclamar ante los jueces en cualquier tiempo y lugar mediante un procedimiento preferente y sumario **la protección inmediata de sus derechos fundamentales**, cuando son vulnerados, amenazados o cercenados por la acción o la omisión de la autoridad pública o particulares, **siempre que el agraviado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que dicha tutela se invoque como mecanismo transitorio para precaver algún perjuicio irremediable.**

El derecho fundamental de petición

El artículo 23 de la Constitución Política constituye la consagración constitucional del derecho de petición, por virtud del cual *“toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.”*

La reiterada jurisprudencia constitucional³ ha fijado una serie de reglas y de parámetros relacionados con el alcance, núcleo esencial y contenido de este derecho, los cuales fueron expuestos en la Sentencia T-377 de 2000 en los siguientes términos:

“a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

³ Sentencia T-211 del 1 de abril de 2014

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente.

g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6° del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.

i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994."⁴

A estas consideraciones, la Corte Constitucional añadió posteriormente dos reglas adicionales: (i) que la falta de competencia de la entidad ante quien se plantea no exonera a la entidad del deber de responder⁵; y (ii) que la respuesta que se profiera debe ser notificada al interesado⁶.

⁴ Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁵ Sentencia T-219 de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁶ Sentencia T-249 de 2001, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

De acuerdo a lo anterior, es claro que la formulación de un derecho de petición obliga a la administración a entregar una respuesta oportuna, de fondo, clara, precisa y congruente con lo solicitado, de manera que el ciudadano vea satisfecha su pretensión de obtener determinada información. Además, esa respuesta debe producirse en el término de 15 días contados a partir de la formulación de la petición, salvo que se presenten circunstancias que lo impidan, aunque, aun en este evento, la entidad deberá informarle al peticionario en ese mismo término cuáles son esas circunstancias e indicarle en qué plazo se producirá la contestación.

Es de poner de presente que la Ley 1437 de 2011, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, contiene disposiciones tendientes a regular el derecho de petición, en particular, en relación con aspectos tales como su objeto, finalidad, forma de ejercicio, contenido, procedimiento, alcance de la respuesta y ejercicio frente a entidades privadas (artículos 13 al 33)⁷, la cual en su artículo 14 consagra los términos para resolver las distintas peticiones, el cual reza:

*“Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, **toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción**, estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:*

1. Las peticiones de documentos y de información deberá resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción, si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregaran dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva la consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará

⁷ El título II del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo fue sustituido por la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, la cual entró en vigencia el día 30 de junio de 2015, día de su promulgación en el Diario Oficial No 49.559 del mismo día.

respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto."

Se advierte que en la petición elevada por la accionante no se encuentra dentro de las cuales consagran un término especial para resolverse, de allí que de conformidad con la norma anteriormente transcrita, la entidad accionada contaba con un término de quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo para dar respuesta.

La carrera administrativa en el cargo de procurador judicial.

El demandante, doctor ELIAS HOYOS SALAZAR, para el día de hoy⁸, es un exfuncionario público, quien luego de ocupar varios cargos, su último empleo fue el de procurador judicial II, Código 3PJ, grado EC, en la Procuraduría 143 Judicial II Administrativa, con sede en Medellín, en provisionalidad, de acuerdo a la resolución No 3283 del 08 de agosto de 2016, por la cual se dio por terminada la provisionalidad⁹, por el nombramiento y posesión del doctor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS por lo que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se tiene que:

La Constitución Política estableció en el artículo 125 el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional¹⁰. El propósito de tal previsión constitucional es crear un mecanismo objetivo de

⁸ A folios 137, obra copia del acta de posesión del doctor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS en el cargo de Procurador Judicial II, Código 3PJ, grado EC en la Procuraduría 143 Judicial II Administrativa, con sede en Medellín

⁹ Folio 94

¹⁰ La Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009 se pronunció acerca de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008, "Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política". La Corte constitucional sostuvo que "la carrera administrativa es un principio del ordenamiento jurídico superior, que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, y en el instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría. [...] Es tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional, bajo el entendimiento de que los principios "suponen una delimitación política y axiológica", por cuya virtud se restringe "el espacio de interpretación", son "de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional" y tienen un alcance normativo que no consiste "en la enunciación de ideales", puesto que "su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser". Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que "en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional". Con base en las consideraciones realizadas en la presente sentencia, la Corte resolvió declarar **INEXEQUIBLE**, en su totalidad, el Acto Legislativo No. 01 de 2008, con efectos retroactivos y, "por tal razón, se reanudan los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieren sido suspendidos y carecen de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que, con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2008, se hayan realizado".

acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan a criterios reglados, y no a la discrecionalidad del nominador.

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

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

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

Por su parte, la Corte Constitucional ha indicado que la carrera administrativa se funda única y exclusivamente en *“el mérito y la capacidad del funcionario público, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde, siendo en consecuencia el mérito el factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público”*¹¹ y que estrechamente vinculado con el mérito se encuentra el concurso público como mecanismo establecido constitucionalmente para determinar el mérito de los aspirantes, y evitar que criterios distintos a él sean los factores determinantes

¹¹ Sentencia C- 588 de 2009.

del ingreso, permanencia y ascenso en la carrera administrativa, “constituyéndose el concurso en un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impedir que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios subjetivos e irrazonables”¹².

La Corte Constitucional en la sentencia C-101 de 2013¹³, indicó que la carrera administrativa, tiene por objeto la garantía del derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a cargos y funciones públicas (Constitución Política, numeral 2, artículo 40), la búsqueda de la eficiencia y la eficacia en el servicio público para el cumplimiento de los fines del Estado (Constitución Política artículos 1, 2, 122 a 131 y 209), y la protección de los derechos subjetivos a los que tienen derecho las personas vinculadas a la carrera (Constitución Política artículos 53 y 125) y se funda en el mérito de los aspirantes, para lo cual la Constitución Política prescribió el concurso público como el mecanismo idóneo para establecer el mérito y las calidades de los mismos; en la sentencia referida indicó al Corte Constitucional que los procuradores judiciales, en su condición de agentes del Ministerio Público que actúan ante jueces y tribunales cuyos cargos han sido definidos por el legislador -Ley 270 de 1996- como de carrera, tienen el derecho a ser clasificados igualmente como carrera administrativa, en aplicación del artículo 280 constitucional; que la decisión, además, se aviene con el principio general de la carrera, prevista en el artículo 125 de la Constitución Política; distinguió que una es la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y otra la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, la incorporación que procede respecto de los “procuradores judiciales” es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación. Al declarar en dicha sentencia inexecutable la expresión “procurador judicial”, contenida en el numeral 2) del artículo 182 del decreto ley 262 de 2000 -que los define como de libre nombramiento y remoción-, le ordenó a la Procuraduría General de la Nación la convocatoria de un concurso público de méritos para la provisión en propiedad, de los cargos de procuradores judiciales que se desempeñan ante los magistrados y jueces.

¹² Sentencia C- 588 de 2009.

¹³ En esta sentencia se declaró la inexecutable de la expresión “Procurador Judicial del numeral 2) del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, por la vulneración del artículo 280 de la Constitución Política.

La estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa.

Ahora, la Corte Constitucional¹⁴ ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, funcionarios que están próximos a pensionarse, 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 afirmativa¹⁵, 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.

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. Así en la sentencia SU-446 de 2011¹⁶, 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

¹⁴ Reiterado en la sentencia T-326 de 2014

¹⁵ En relación con este aspecto de la acción afirmativa pueden ser consultadas las sentencias SU-446 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Este razonamiento se impuso por la Sala Plena de la Corporación en la providencia SU-446 de 2011, en la cual se planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad (Fiscalía General de la Nación) tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

¹⁶ MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto; AV Luis Ernesto Vargas Silva. En esta ocasión correspondió a la Corte, entre otros asuntos, resolver dos interrogantes: i) si la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y al debido proceso de quienes estaban en una situación de especial protección constitucional, al desvincularlos del cargo que ocupaban en provisionalidad, pese a su condición especial que obligaba a que se les brindara un trato preferente, cuando era posible desvincular a otros servidores en provisionalidad no sujetos a un trato preferente, y ii) determinar si la entidad demandada desconoció los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de los demás provisionales –no sujetos de especial protección– al no señalar de antemano los criterios de selección de los cargos específicos que serían provistos con personas que superaron el concurso. Concluyó que “[e]n el caso de los provisionales que son sujetos de especial de (sic) protección, si bien la Corte no concederá la tutela porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010”.

de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación¹⁷, 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 desvinculación¹⁸. 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, 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 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” (negritas del texto).

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

¹⁷ La línea jurisprudencial en esta materia se encuentra recogida en la sentencia SU-917 de 2010, MP Jorge Iván Palacio Palacio (cita del texto).

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional T-1011 de 2003; T-951 de 2004; T-031 de 2005; T-267 de 2005; T-1059 de 2005; T-1117 de 2005; T-245 de 2007; T-887 de 2007; T-010 de 2008; T-437 de 2008; T-087 de 2009 y T-269 de 2009. Así mismo, la sentencia SU-917 de 2010, que recoge toda la jurisprudencia sobre este particular y fija las órdenes que debe dar el juez de tutela en estos casos (cita del texto).

La Corte Constitucional¹⁹ ha indicado que surge la problemática 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; 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. Frente a este tópico se indicó en la sentencia T- 326 de 2014:

“En cuanto a lo primero, la Corte Constitucional 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 Corte Constitucional consideró en la sentencia T-017 de 2012²⁰, 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

¹⁹ Sentencia T-326 de 2014

²⁰ MP María Victoria Calle Correa. En esta ocasión correspondió a la Sala de Revisión resolver si la Coordinadora del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá y la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, vulneraron los derechos fundamentales de una persona a la estabilidad laboral, al debido proceso y al mínimo vital, al haberla desvinculado del servicio en el cargo que venía desempeñando en provisionalidad, a pesar de que (i) al momento de su desvinculación existían noventa y seis (96) cargos de la misma naturaleza del que ocupaba en provisionalidad, no provistos en propiedad, como resultado del concurso de méritos, (ii) esta en trámite el reconocimiento de su pensión de jubilación, (iii) su salario constituye la única fuente de ingresos, y (iiii) la actora tiene a su cargo a su madre anciana y a su hijo. Concluyó que “en virtud de principios como los de razonabilidad y proporcionalidad de los que no puede prescindirse en un Estado de Derecho, y en atención al carácter de fundamental del derecho al trabajo, no debió la entidad decidir cuáles empleados retirar del servicio, sin haber analizado la situación particular de cada uno, procurando proteger a personas en condiciones que teniendo en trámite su pensión, podían aspirar a que mientras se proveyeran todos los cargos, se reconociera la misma, para asegurarse una vida en condiciones mínimas de dignidad”, resolviendo tutelar los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, el debido proceso, y el mínimo vital de la señora Ana Julia Garzón Guerrero.

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-715/99²¹ 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

²¹ MP Alejandro Martínez Caballero.

afectados por sus actos, para así no desencadenar resultados injustos que pueden ser evitados" (negritas del 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 prepensionado²².

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

²² Estas fueron las consideraciones plasmadas en la sentencia T-729 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), reiteradas en las sentencias T-017 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-289 de 2011 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez). En el primer fallo, se estudió el caso de un ciudadano que se desempeñaba en provisionalidad en el cargo de Delegado Departamental en la Registraduría Nacional del Estado Civil y quien había sido desvinculado del mismo porque el empleo que ocupaba fue provisto en propiedad mediante concurso público de méritos, a pesar de que con acompañamiento de la propia entidad, el funcionario había radicado la solicitud de pensión de jubilación ante Cajanal. La Corte constató que se conformó una lista de elegibles de cuarenta y tres (43) personas para la provisión de sesenta y cuatro (64) cargos de Delegados Departamentales que habían sido ofertados a través del concurso de méritos, por lo que al no haberse proveído en propiedad todos los empleos, la Administración no podía decidir al azar qué personas iban a ser removidas, ni tampoco desvincular a todas las personas que se encontraran en provisionalidad, pues debía considerar las circunstancias particulares de cada caso, como el del accionante, quien por tener en trámite su solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación hacía parte de un grupo vulnerable, en tanto la desvinculación de su trabajo podía implicar la solución de continuidad entre los ingresos recibidos como contraprestación al trabajo y el goce efectivo de sus mesadas pensionales. En las sentencias recién citadas, T-729 de 2010, T-017 de 2012 y T-289 de 2011, las salas de decisión concedieron la protección de los derechos fundamentales de personas próximas a pensionarse que ejercían cargos en provisionalidad y que, en virtud de la provisión del empleo por concurso público de méritos, fueron retirados de sus cargos. En cada uno de estos eventos, se concluyó que si bien el acceso al empleo mediante concurso está ordenado por la Constitución y guarda perfecta consonancia con los fundamentos del Estado social y democrático de Derecho, las normas de carrera debían interpretarse de forma razonable y proporcionada, de cara a la protección de los derechos fundamentales de los prepensionados, máxime cuando se evidenciaba que la Administración tenía un margen de maniobra en la asignación de cargos, debido a su pluralidad, en donde la exclusión de los accionantes de sus empleos, si bien era una medida constitucionalmente justificada, no era necesaria.

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 correspondiente²³, 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.

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

Ahora, La acción de tutela fue concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican violación o amenaza de violación de derechos fundamentales, respecto de las cuales el ordenamiento jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, para lograr la protección del derecho, es decir, tienen origen dentro del ordenamiento jurídico, con el fin de dar respuesta oportuna a circunstancias en que, por la falta de previsiones normativas específicas, el afectado se ve expuesto a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona sus derechos fundamentales. De allí que, como lo señalan el artículo 86 de la Constitución Política y el ordinal 1° del artículo 6° del Decreto 2591, la acción de tutela no es procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho trasgredido o amenazado.

La subsidiariedad y la inmediatez son características de esta acción; la subsidiariedad, por cuanto tan solo resulta procedente instaurarla en subsidio o a falta de otro instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces, esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; la inmediatez, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente, que se hace preciso administrar

²³ Esta alternativa no le es ajena al legislador, ya que en el parágrafo 2° del artículo 1 del Decreto 1894 de 2012, señaló: "Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por: | | 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad. | | 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. | | 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia. | | 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical".

en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de la violación o amenaza. Reiteradamente lo ha dicho así la Corte Constitucional:

“Además, por su propia finalidad, dicha acción está revestida de un carácter extraordinario, que presupone el respeto por las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como por sus acciones, procedimientos, instancias y recursos, lo cual implica que su utilización sea supletiva y subsidiaria, de manera que, la procedencia de la tutela se restringe a la inexistencia de otros medios de defensa judicial o a la ineficacia de los mismos, como también a su utilización transitoria ante la presencia de un perjuicio irremediable que permita contrarrestar dicho efecto, en forma temporal, con una operancia inmediata, urgente, rápida y eficaz, mediante el trámite de un procedimiento preferente y sumario, hasta tanto la autoridad correspondiente decida el fondo del asunto.”²⁴

Es entonces, como siendo un mecanismo subsidiario de protección de derechos, en principio no sería la vía idónea para atacar el contenido de un acto administrativo de contenido particular – como lo es el nombramiento de la señor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS en el Cargo de Procurador Judicial II Código 3PJ, grado EC, en la Procuraduría 143 Judicial II Administrativa, con sede en Medellín, mediante el Decreto 3283 del 08 de agosto de 2016 (folio 93 vuelto) y adicionalmente, la tutela solo procede cuando el derecho fundamental invocado se encuentre en peligro inminente, de manera que, una de sus características fundamentales es la inmediatez o urgencia de la protección del derecho y por encontrarse bajo un perjuicio irremediable, así lo ha dicho la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia:

*“De acuerdo con lo anterior, es reiterada y abundante la jurisprudencia de esta Corte que ha dicho que **la acción de tutela tiene carácter residual y subsidiario, y por lo tanto solo procede en los siguientes casos: (i) cuando la persona no cuenta con otro medio de defensa judicial, (ii) cuando el medio judicial existente es ineficaz, o (iii) cuando se interpone para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el amparo deberá ser transitorio***²⁵. Al analizar cada una de las circunstancias descritas, el juez debe hacer un análisis exhaustivo de las mismas, para determinar con suficientes argumentos la procedencia o no de la acción en cada caso concreto.”²⁶ (Resaltos fuera del texto)

²⁴ Cfr. Sentencia T-1214 de 2000. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

²⁵ Al respecto consultar entre otras, las sentencias: T- 400 de 2009, T-184 de 2009, T-563 de 2008, T418 de 2006, T-142 de 2006, T-136 de 2006 y T-083 de 2004.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-004 de 2011. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

En ese sentido, ha dicho la jurisprudencia que cuando se trata de solicitudes de amparo, relacionadas con actos administrativos, adoptados por autoridades administrativas, la acción de tutela es por regla general improcedente, debido a la existencia de otro medio de defensa judicial para controvertir su contenido.

La jurisprudencia constitucional ha señalado, de manera reiterada y uniforme, que la acción de tutela es un instrumento de defensa judicial, dotado de un carácter subsidiario y residual, en virtud del cual, es posible, a través de un procedimiento preferente y sumario, obtener el amparo inmediato de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos expresamente determinados por la ley. La Corte Constitucional manifestó al respecto:

"El carácter subsidiario y residual, significa que solo es procedente supletivamente, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo éstos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable"²⁷ a este respecto el artículo 86 de la Constitución Política señala expresamente que 'Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable'

(...)

*Este elemento medular de la acción de tutela, la subsidiariedad, adquiere fundamento y se justifica, en la necesidad de preservar el orden regular de asignación de competencias a las distintas autoridades jurisdiccionales, con el objeto no solo de impedir su paulatina disgregación sino también de garantizar el principio de seguridad jurídica. Ello, sobre la base de que no es la acción de tutela el único mecanismo previsto por el legislador para la defensa de los derechos fundamentales, pues existen otros instrumentos ordinarios, dotados de la especialidad necesaria para, de manera preferente, lograr su protección."*²⁸

En consecuencia, la acción de tutela no puede utilizarse de manera arbitraria e indiscriminada, por el contrario, debe considerarse como protección inmediata de derechos fundamentales que se encuentran presuntamente vulnerados, siempre teniendo en cuenta los requisitos para su procedencia ya descritos con anterioridad, por el carácter subsidiario de la misma.

²⁷ Nota al pie: "Sentencia SU 037-2009

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-577 A de 2011. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Régimen jurídico de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos.

El régimen de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos está definido principalmente por cuatro disposiciones:

La primera, contenida en el tercer inciso del artículo 86 Superior, mediante la cual, el Constituyente determinó una de las características de la acción: la subsidiariedad. En este inciso se afirma:

"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable."

La segunda, muy similar a la anterior, definida en el numeral uno del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, en donde se afirma que "La acción de tutela no procederá:

"1° Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante."

La tercera, plasmada en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991 en el que se indican algunas medidas provisionales que puede adoptar el juez de tutela para la protección de los derechos fundamentales, así:

"Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la ejecución del acto concreto que lo amenace o vulnere."

Y finalmente, la cuarta, determinada en el último inciso del artículo 8° del referido decreto, que prescribe:

"Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto

de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso."

De la presente regulación, la Sala concluye:

- (i) Que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos, tanto administrativos como judiciales para su defensa;
- (ii) Que procede la acción de tutela, como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas, cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y
- (iii) Que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991), mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Cabe repetir, de esta manera, que el carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela implica que ésta sólo pueda ser ejercida, cuando no se disponga de otro mecanismo de defensa judicial, o en el evento en que aun existiendo resulte ineficaz, o que sea necesario el amparo en forma transitoria, para evitar que se produzca un perjuicio irremediable.

Al respecto la sentencia T-128 de febrero 22 de 2007, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, la Honorable Corte Constitucional expuso:

*"(...) dado que contra los actos **administrativos que vulneran un derecho fundamental particular, procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que al emplear dicha vía, el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto, la Corte ha considerado que 'no le es dable al juez de tutela entrar, mediante una decisión judicial, a revivir los términos para interponer recursos que en su momento no fueron utilizados, o revivir los términos de caducidad establecidos para ejercer las acciones judiciales procedentes, pues la acción de tutela no es un mecanismo judicial, alternativo, supletivo, concomitante o una tercera instancia, a la cual se pueda acudir para remediar aquellas actuaciones judiciales dejadas de hacer por la negligencia o mera liberalidad del particular, como tampoco para reemplazar al juez ordinario al que eventualmente le***

corresponda dirimir determinado asunto en virtud del ejercicio de la acción judicial correspondiente.

La Corte Constitucional ha señalado que en los eventos excepcionales en los que procede la tutela contra actos administrativos que vulneren derechos fundamentales, por regla general, ésta se concede como mecanismo transitorio. Así lo señaló en la sentencia T-514 de 2003 en donde indicó al respecto lo siguiente:

'la Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo'.

No obstante, esta Corporación también ha admitido que en ciertos casos, cuando existe una vía de hecho en un acto administrativo y se observa la existencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela procederá no sólo como mecanismo transitorio, sino que excepcionalmente podrá concederse de forma definitiva."

En consecuencia, como regla general relacionada con lo anteriormente expuesto, la acción de tutela que pretenda atacar un acto administrativo es improcedente, pues en el ordenamiento jurídico está consagrado el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, medio de defensa judicial propio, específico y eficaz, que inclusive prevé la suspensión provisional, excluyendo la protección prevista en el artículo 86 de la Carta, salvo la existencia de un perjuicio irremediable.

Perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional, ha manifestado que para entender configurado el perjuicio irremediable se debe cumplir con unos criterios que determinan su existencia, así:

*"En relación a este tema, esta Corporación ha aplicado varios criterios para determinar su existencia; veamos: **la inminencia**, que exige medidas inmediatas, **la urgencia** que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y **la gravedad de los hechos**, que hace evidente **la impostergabilidad** de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales*

fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados."²⁹

Bajo tales parámetros, en la Sentencia T-225 de 1993 la Corte Constitucional definió y explicó los elementos configurativos del perjuicio irremediable, en el siguiente sentido:

"Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

- A). El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.
- B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan (sic) señalan la oportunidad de la urgencia.
- C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser

²⁹ Sentencia T-225 de 1993.

determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

- D). *La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.*

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio." ³⁰

Solución del caso.

En el presente caso, el demandante solicitó la protección del derecho fundamental de petición, por cuanto el día 08 de julio la entidad demandada recibió³¹ escrito en el cual le informó la condición de prepensionado, para que se le garantice el nombramiento en provisionalidad hasta cuando reúna los requisitos para acceder a la pensión; y agrega que "Como corolario de lo anterior, Señor Procurador General de la Nación, solicito de su digno Despacho sea tenido en cuenta mi nombre y actual cargo para la respectiva inscripción en lo que dice relación con la condición de prepensionado en orden a la especial protección de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en concordancia con la Jurisprudencia pertinente, derivándose de allí los beneficios inherentes de la misma en favor del infrascrito"³² -folio 50 a 52-.

Se encuentra probado que el doctor ELIAS HOYOS SALAZAR, elevó petición al PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN, en los términos ya indicados, quien a la fecha no ha dado respuesta, motivo por el que se hace necesaria la protección del derecho fundamental de petición, ya que para entenderse protegido este derecho la respuesta, al derecho de petición, **si bien no tiene que ser siempre favorable a las pretensiones del peticionario**, sí debe cumplir con los requisitos de ser oportuna, resolver de fondo lo solicitado **de manera clara, precisa y congruente, además de ser puesta en conocimiento al peticionario**³³; situación por la cual, en

³⁰ Corte Constitucional sentencia T – 377 del 12 de mayo de 2011 Magistrado Ponente Doctor Humberto Antonio Sierra Porto.

³¹ En el folio 4 obra la constancia de entrega por la oficina de correos.

³² Folio 52.

³³ Ver, entre otras, sentencias T-047/2008, T-305/1997, T-490/1998 y T-180/2001.

el caso en concreto la vulneración a este derecho persiste, debido a que no existe prueba de que el PROCURADOR GENERAL DE LA NACION le haya dado respuesta a la petición que le fue entrega el día 08 de julio de 2016.

Reiterada ha sido la jurisprudencia constitucional, al señalar cómo se debe proteger el derecho fundamental de petición, entre otras cosas ha establecido que la respuesta debe ser de **fondo, clara y precisa**, resolver lo planteado por el censor, sin rodeos ni evasivas, en forma directa. La información sobre el trámite no satisface el derecho de petición.

*“Para la Corte, tal y como lo ha señalado hasta el momento³⁴, el núcleo esencial del derecho fundamental de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión planteada en la solicitud. De ahí que la respuesta deba cumplir con estos requisitos: i) oportunidad ii) **Debe existir resolución de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado** iii) Debe darse a conocer al peticionario. Por lo tanto, si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.*

Así pues, una respuesta de fondo es una resolución material de lo planteado, por lo que “no se admiten respuestas evasivas, o la simple afirmación de que el asunto se encuentra “en trámite”, pues ello no se considera una respuesta”³⁵. Por consiguiente, “la respuesta aparente pero que en realidad no niega ni concede lo pedido, desorienta al peticionario y le impide una mínima certidumbre acerca de la conducta que debe observar frente a la administración y respecto de sus propias necesidades o inquietudes: no puede hacer efectiva su pretensión, pero tampoco tiene la seguridad de que ella sea fallida”³⁶

La facultad del Juez de tutela consiste en ordenar que el derecho de petición sea resuelto, ya sea en forma afirmativa o negativa, más no es de su potestad ordenar que el mismo se defina en un determinado sentido, pues ello escapa a la esfera del Juez Constitucional.

Es necesario destacar entonces que, una verdadera respuesta, si bien no tiene que ser siempre favorable a las pretensiones del peticionario, sí debe cumplir con los requisitos de ser oportuna, resolver de fondo lo solicitado de manera clara, precisa y

³⁴ Pueden consultarse las sentencias T-12 de 1992, T-419 de 1992, T-172 de 1993, T-306 de 1993, T-335 de 1993, T-571 de 1993, T-279 de 1994, T-414 de 1995, T-529 de 1995, T-604 de 1995, T-614 de 1995, SU-166 de 1999, T-307 de 1999, entre muchas otras.

³⁵ Sentencia T-165 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

³⁶ Sentencia T-206 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

congruente, además de ser puesta en conocimiento del peticionario.³⁷

En consecuencia, dado que el derecho de petición es fundamental, es del caso entrar a protegerlo en el asunto objeto de estudio, pues a la fecha se encuentran vencidos los quince (15) días de que trata el artículo 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 del 30 de noviembre 2015, sin que el PROCURADOR GENERAL DE LA NACION se haya pronunciado debidamente sobre la petición.

Así las cosas, conforme con los criterios jurisprudenciales señalados por la Corte Constitucional en relación con la vulneración al derecho fundamental de petición, en esta acción de tutela es clara dicha transgresión al derecho fundamental de petición del señor ELIAS HOYOS SALAZAR, por lo que durante el término establecido para ello debió EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN atender el pedido que a este respecto elevara el accionante el 08 de julio de 2016.

En consecuencia se tutelaré al señor ELIAS HOYOS SALAZAR el derecho fundamental de petición otorgándole al PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN un término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir del día siguiente a la notificación de la presente providencia para que proceda a dar respuesta clara, de fondo y precisa a la petición elevada el 08 de julio de 2016 además notificarle al interesado la correspondiente respuesta.

En cuanto a la **vulneración del debido proceso administrativo**, que se le imputa al Procurador General de la Nación; es claro el artículo 29 de la Constitución Política al indicar que *“el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*. En el presente caso no se vislumbra una violación a este derecho fundamental por cuanto el Procurador General de la Nación al expedir el Decreto 3283 del 08 de agosto de 2016, por medio del cual dio por terminada la provisionalidad del doctor ELIAS HOYOS SALAZAR, en el cargo de procurador judicial II administrativo, en la procuraduría 143 Administrativa con sede en Medellín, se debió al cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional C-101 del 28 de febrero de 2013, en la cual le ordenó la convocatoria a concurso de méritos para la provisión en propiedad de los cargos de procurador judicial y el cual se dispuso mediante la Resolución No 040 del 20 de enero de 2015,

³⁷ Ver, entre otras, sentencias T-047/2008, T-305/1997, T-490/1998 y T-180/2001.

en el sentido de dar apertura al concurso abierto de méritos para proveer los empleos de Procuradores Judiciales I y II, y luego de superado el concurso, se conformó la correspondiente lista de elegibles con quienes obtuvieron el puntaje total mínimo exigido en los términos del artículo 216 del artículo 216 del Decreto 262 de 2000 y con fundamento en ello se expidieron las resoluciones:

- Resolución 349 del 09 de julio de 2016 por la cual se establece la lista de elegibles del empleo para procurador judicial II – Procuraduría Delegada para la Restitución de Tierras – folio 54-
- Resolución 348 del 09 de julio de 2016 por la cual se establece la lista de elegibles del empleo para procurador judicial II – Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios – folio 57.
- Resolución 346 del 08 de julio de 2016 por la cual se establece la lista de elegibles del empleo para procurador judicial II – Procuraduría Delegada para Asuntos del Trabajo y al Seguridad Social. folio 60.-
- Resolución 345 del 08 de julio de 2016 por la cual se establece la lista de elegibles del empleo para procurador judicial II – Procuraduría Delegada para Conciliación Administrativa. folio 64 y 89.
- Resolución 344 del 08 de julio de 2016 por la cual se establece la lista de elegibles del empleo para procurador judicial II – Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia – folio 72-

De la Resolución 345 del 08 de julio de 2016, al encontrarse el doctor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS en el orden de elegibilidad por haber ocupado el puesto 47, fue nombrado en periodo de prueba, de las consideraciones de dicha resolución se extrae que el nombrado seleccionó los cargos de Procurador Judicial II, asignados a la Procuraduría delegada para la conciliación administrativa con sedes territoriales en la ciudad de Medellín y Bogotá, en ese orden de preferencia y que consultada la convocatoria, se encontró que esa procuraduría, se encontraba ocupada temporalmente mediante nombramiento en provisionalidad, por el doctor ELIAS HOYOS SALAZAR.

Por estos aspectos, encuentra el tribunal que al doctor ELIAS HOYOS SALAZAR no se le conculcó el debido proceso administrativo, por cuanto su desvinculación del cargo que

ocupaba en provisionalidad fue ocupado por quien se encuentra en lista de elegibles luego de haber superado un concurso de méritos y por ende el derecho al trabajo, seguridad social y mínimo vital; por cuanto el doctor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS, está en todo su derecho a ocupar dicho cargo público de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 125 de la Constitución Política y quien de acuerdo al documento que obra a folios 137, ya tomó posesión de cargo el día 05 de septiembre de 2016, con efectos fiscales a partir del día siguiente.

En cuanto a la vulneración a la igualdad, si bien este derecho está consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, al indicar que

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional 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 y marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

La Corte Constitucional en la sentencia T- 158 de 2012, puso de presente que la igualdad como derecho fundamental implica el deber de dar un trato igual a quienes se encuentran en una misma situación fáctica, siendo pertinente la protección del derecho en sede de tutela cuando, de manera injustificada, se otorga un tratamiento diferente a quienes están en similares circunstancias a otros, a quienes se ha dado un mejor trato. Consideró que la igualdad corresponde a un concepto relacional, en el que se tiene dos o más situaciones comparables, a las que resulta imperioso otorgar el mismo tratamiento, pues difícilmente podrá concebirse la protección de este derecho cuando no se tiene un supuesto de hecho de referencia, que permite alegar su vulneración como consecuencia del trato diferenciado.

En el presente caso, el demandante no allegó prueba en el cual se indique que a él le dieron un tratamiento diferente, es decir, que el PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN, a otra persona

que se encuentre en igualdad de condiciones no lo haya desvinculado.

En cuanto a la protección especial de la estabilidad laboral reforzada por tener condición de prepensionado y ser padre cabeza de familia, el tribunal no desconoce la jurisprudencia constitucional en cuanto a la materia; sin embargo, como atrás se indicó la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN con la expedición del Decreto 3283 del 08 de agosto de 2016, por medio del cual declaró terminada la provisionalidad del doctor ELIAS HOYOS, fue con motivo de lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 101 de 2013, en la cual le ordenó al Procurador General de la Nación la convocación de un concurso público de méritos para la provisión en propiedad, de los cargos de procuradores judiciales que se desempeñan ante los magistrados y jueces. Es de poner de presente que la totalidad de dichos cargos se encontraban ocupados en provisionalidad y por ende todos fueron ofertados en concurso abierto de méritos en cumplimiento de la citada orden y por ende a partir de dicho momento goza de una estabilidad relativa, en la medida que solo podía ser desvinculados cuando se provea el cargo con persona que se encuentre en la lista de elegibles, previo concurso de méritos, como en el presente caso, por lo que no se desconocen los derechos del funcionario que ocupa el cargo en provisionalidad, pues como se indicó la estabilidad es 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.

Si bien, la Corte Constitucional ha indicado que el nominador debe tener un trato preferencial frente a las personas que estén próximas a pensionarse, a las madres y padres cabeza de familia y las personas en situación de discapacidad, también indicó que se debe prever mecanismos para garantizar que las personas que se encuentran en dicha situación, sean las últimas en desvincularse, sin que otorgue un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera al prevalecer los derechos de quienes ganaron el concurso de méritos.

Como atrás se indicó los cargos de Procuradores Judiciales, se encontraban en provisionalidad y por ello fue que al Corte Constitucional mandó a realizar el concurso de méritos para la provisión de los cargos en carrera como efectivamente lo hizo mediante y para lo cual emitió las correspondientes resoluciones estableciendo las correspondientes listas de elegibles para cada una de las procuradurías que para el caso que nos ocupa fueron

las judiciales II; sin que se vislumbre vulneración de derecho fundamental al accionante por cuanto ocupaba el cargo de Procurador Judicial II, en la Procuraduría 143 Judicial II Administrativa de Medellín.

Si bien la Corte Constitucional 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; sin embargo, en el caso que nos ocupa, es claro que en los cargos de procuradores judiciales II se encontraban en provisionalidad y por ende los cargos en su totalidad deben ser ocupados con las personas que ganaron el concurso de méritos, sin que le este dado al Procurador General de la Nación no proveer dichos algunos cargos, para ocuparlos con las personas con estabilidad relativa porque de lo contrario estaría incumpliendo con la sentencia de la Corte Constitucional C- 101 de 2013.

El Tribunal no desconoce que constitucionalmente se protege el trabajo, el mínimo vital, seguridad social, vida digna, igualdad y la protección especial de la estabilidad laboral reforzada por tener la condición de pre pensionado y ser padre cabeza de familia, alegados como conculcados en la solicitud de tutela; sin embargo, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra diferente es la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela; la Corte Constitucional ha indicado las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado³⁸, previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

Para el caso, el demandante está inconforme con el Decreto 3283

³⁸ Sentencia T-016-07.

del 08 de agosto de 2016, por medio del cual el Procurador General de la Nación, termino su provisionalidad e hizo un nombramiento en periodo de prueba del señor JUAN NICOLAS VALENCIA ROJAS, que impugna vía tutela; decreto que por regla general y de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene el carácter de residual y subsidiario, por lo que solo procede cuando la persona no cuenta con otro medio de defensa judicial, cuando el medio de defensa sea ineficaz o cuando se interpone para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el amparo deberá ser transitorio.

Si bien, en el presente caso, el demandante alega que es prepensionado, por cuanto cuenta con 62 años de edad, ha cotizado a la seguridad social 1.277,57 semanas, por lo que en principio se estaría en presencia de un perjuicio irremediable, se tiene que, la tutela en este caso se hace improcedente por cuanto como atrás se indicó el Procurador General de la Nación, está actuando de acuerdo al mandato de la Corte Constitucional en la sentencia C-101 de 2013, debiendo proveer todos los cargos de procuradores con las personas que ganaron el concurso de méritos, dentro del cual se encuentra el del demandante; al existir otro mecanismo judicial, la acción de tutela como mecanismo transitorio, para controvertir el "Decreto No 3283 del 08 de agosto de 2016 por el cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se termina una provisionalidad", se declarará improcedente al solicitud de tutela.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA - SALA SEGUNDA DE ORALIDAD** - administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A.

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental de petición invocado por el señor ELIAS HOYOS SALAZAR, frente a la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN.

En consecuencia se le ordena al PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN que un término no superior de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir del día siguiente a la notificación de la presente providencia, proceda a dar respuesta clara, de fondo y precisa a la petición elevada el 08 de julio de 2016 además notificarle la correspondiente respuesta.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente la acción de tutela que solicita el señor ELIAS HOYOS SALAZAR, contra la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN, frente a la pretensión de abstención nombramiento de lista de elegibles en el cargo de Procurador 143 Judicial II Administrativo, hasta tanto tome medidas para garantizar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la estabilidad reforzada y que en caso de haberse efectuado el nombramiento se ordene traslado del demandante a un cargo de igual o superior categoría o a cualquier otro que le garantice sus derechos, hasta que obtenga la pensión de vejez, por lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: ORDENAR que esta decisión sea notificada a las partes **accionante, accionada y vinculado** por el medio más eficaz y expedito, de conformidad con el artículo 30 del decreto 2591 de 1991, por medio de la Secretaría del Despacho.

CUARTO: INFORMAR que esta providencia puede ser impugnada dentro de los tres (03) días siguientes a su notificación y en el evento de no ser impugnada, se enviará a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia se estudió y aprobó en Sala como consta en el Acta No.

BEATRIZ ELENA JARAMILLO MUÑOZ

ADRIANA BERNAL VELEZ

GLORIA MARÍA GÓMEZ MONTOYA