

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá, D.C., cinco (5) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Exp. 250002341000201601834 - 00
Actor: FABIO HERNÁNDEZ RAMÍREZ
Accionado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
ACCIÓN DE TUTELA
Asunto: Admite acción de tutela

De conformidad con lo dispuesto en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015, se admite la presente acción de tutela instaurada en nombre propio por el señor Fabio Hernández Ramírez, contra la Procuraduría General de la Nación. En consecuencia, se ordena darle trámite inmediato a la presente acción y al efecto se dispone:

PRIMERO.- NOTIFÍQUESE por el medio más expedito la anterior determinación al señor Procurador General de la Nación o a quien éste haya delegado para tal efecto con el fin de que se entere de la existencia de la presente acción y dentro del término de un (1) día contado a partir de la comunicación de este auto, exponga lo que considere pertinente y allegue las pruebas que estime necesarias para ejercer su derecho de defensa.

SEGUNDO.- Por conducto de la Procuraduría General de la Nación **NOTIFÍQUESE** a la señora Tatiana del Carmen Moreno Shett, nombrada por Resolución 357 de 11 de julio de 2016 como Procurador Judicial II, la existencia de la presente acción, para que, dentro del término de un (1) día contado a partir de la comunicación de este auto, exponga lo que considere pertinente.

TERCERO.- Ténganse como pruebas las allegadas con el escrito de tutela.

CUARTO.- Líbrense las comunicaciones necesarias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado

BOGOTÁ, D. C. 1 de septiembre de 2016.

1834
PA.

**SEÑORES MAGISTRADOS
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION
SEGUNDA SUBSECCIÓN "C".**

Diagonal 22 B (AV. La Esperanza) No. 53-02

Bogotá, D. C.

**REF: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA
NACIÓN.**

Respetados señores Magistrados:

Fabio Hernández Ramírez, identificado con C.C. No. 19.261.666 de Bogotá, con domicilio en esta ciudad y residencia en la Carrera 18 A No. 43-38 apartamento 301, respetuosamente acudo ante ese alto Tribunal con el fin de interponer ACCION DE TUTELA contra LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, con el objeto de que se protejan mis derechos constitucionales fundamentales al trabajo con dignidad humana, a la estabilidad laboral, a la seguridad social, al mínimo vital, condición de pre pensionado, derecho a la salud, al de igualdad y al debido proceso, desconocidos por dicha entidad, con fundamento en los siguientes:

I. HECHOS.

1. El 27 de abril de 1989 ingresé a laborar a la Procuraduría General de la Nación, en adelante PGN. En la actualidad soy servidor Público de esa entidad estatal, ubicada en la Carrera 5ª No. 15-80 Piso 27 de esta ciudad. Teléfono 5878750 Extensión: 12702/25. Nací el 24 de junio de 1955 en la ciudad de Manzanares, Caldas. Motivo por el cual llevo laborando para la PGN y la sociedad en general 27 años y 4 meses a la fecha de ésta acción de tutela. En el momento tengo 61 años y dos meses de edad. Poseo más de 1300 semanas cotizadas a COLPENSIONES, como parte de uno de los requisitos que en tiempo se requiere para pensionarme. Lo cual quiere decir, que en edad como el otro de los requisitos de ley, me encuentro a menos de 10 meses (24 de junio de 2017) para adquirir tal derecho.
2. La Procuraduría General de la Nación ha efectuado los correspondientes aportes a la respectiva administración de pensiones (COLPENSIONES) desde el inicio de mi vida laboral en esa entidad del Estado y hasta la fecha (Inicialmente lo hizo a CAJANAL PENSIÓN; Posteriormente al ISS Pensión y actualmente a COLPENSIONES Pensión, como queda demostrado con copia de documentación que aportó a esta acción de tutela (Ver anexo 1).
3. El 27 de mayo de 2016, como reconocimiento a mi servicio, entrega, compromiso institucional y laboral, fui ascendido por el señor Procurador General de la Nación al cargo de Procurador 154 Judicial II Penal, código 3PJ, en provisionalidad, mediante decreto 1985, (Ver anexo 2).
4. El 11 de julio de 2016, el señor Procurador General de la Nación, mediante Resolución No. 357, emitió y dio a conocer ante la opinión pública nacional la lista de elegibles respecto de la convocatoria No. 004 de 2015, relacionada con el concurso de méritos para acceder al cargo de Procurador Judicial II Penal en la Procuraduría General de la Nación.

5. El 30 de agosto de 2016, con el oficio 4325 del 12-08-16, suscrito por el Secretario General (E) de la Procuraduría General de la Nación, se me comunica que el señor Procurador General de la Nación mediante decreto 3658 del 8 de agosto, en aplicación a la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 357 del 11 de julio de 2016, nombró a la señora TATIANA DEL CARMEN MORENO SHETT, en el cargo de Procuradora Judicial II Penal, código 3PJ, cargo que actualmente ocupo en provisionalidad, y en consecuencia, a partir de la posesión de dicha persona culmina mi vinculación en encargo, debiendo regresar al cargo de carrera administrativa en aplicación al artículo 188 del decreto 262 de 2000 (Ver anexo 3).
6. La señora TATIANA DEL CARMEN MORENO SHETT, en efecto se posesionó el 1 de septiembre de 2016, según puede constatar y solicitar los señores Magistrados, certificación a la Secretaría General de la PGN.
7. Debo poner en conocimiento del señor Juez de tutela constitucional, a través de esta acción, que antes del año 2012 he venido padeciendo una artrosis severa, que dio lugar a que el 13 de diciembre de 2012 fuera operado con remplazo total de cadera izquierda. Posteriormente, por continuidad de dicha enfermedad, fui intervenido quirúrgicamente el 28 de agosto de 2015, con reemplazo total de cadera derecha y en la actualidad me encuentro en exámenes médicos por fuertes dolores en el hombro y brazo izquierdo, probablemente con resultados iguales o similares a mi enfermedad en las articulaciones inferiores, por lo que posiblemente deba ser intervenido del mismo modo en mis articulaciones superiores, para minimizar el dolor y tener mejor calidad de vida (Ver anexo 4).
8. Todos estos hechos me llevan a solicitar ante el señor Juez de tutela el amparo de mis derechos fundamentales, ya que no han sido protegidos por la entidad accionada, pues las recientes medidas administrativas adoptadas en mi contra, de volver a mi inicial cargo de carrera desmejora mi situación laboral y mi próximo derecho a la seguridad social con una vida digna.

II. PRETENSIONES.

Con fundamento en los hechos relatados, relacionados y probados con los documentos anexos a esta acción de tutela; además con los fundamentos normativos contenidos en la constitución Política, la ley, la Jurisprudencia y la Doctrina, respetuosamente solicito de los señores Magistrados, como juez constitucional, proteger a favor mío, los siguientes derechos constitucionales fundamentales al trabajo con dignidad humana, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social para una vida digna, al mínimo vital, condición de pre pensionado, derecho a la salud, al de igualdad y al debido proceso; desconocidos por la Procuraduría General de la Nación como parte accionada; por lo que, respetuosamente pido se ordene a esa entidad se me mantenga en el cargo de Procurador 154 Judicial II Penal, código 3PJ, o en otro similar en cargo y remuneración económica. Tengo conocimiento que jueces de tutela han reconocido este Derecho, entre otros casos, como el de la señora JULIETA MARGARITA FRANCO DAZA y el de la señora ESPERANZA GALINDO DÀVILA, éste último por parte del Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", lo cual podría verificarse en la Procuraduría General de la Nación.

2.1. DERECHO AL TRABAJO CON DIGNIDAD HUMANA Y A LA ESTABILIDAD LABORAL.

1. Mi entrega total al servicio público con compromiso institucional y social, por más de 27 años y próximo (menos de 10 meses) a la pensión de jubilación o de vejez, así como los diferentes ascensos obtenidos dentro de la Procuraduría General de la Nación en los 27 años laborados, me llevan a solicitar a los señores Magistrados se me preserve el derecho constitucional a permanecer en el cargo de Procurador 154 Judicial II Penal u otro similar, por dignidad humana y estabilidad laboral.
2. Al ingresar a la Procuraduría General de la Nación el 27 de abril de 1989, lo hice en el grado 15, como Asistente Jurídico; posteriormente, por mi compromiso institucional y social, eficiencia y eficacia en mis labores fui ascendido a los cargos grados 18 y 19; luego, al de asesor grado 24 en el año 2012, finalmente al cargo de Procurador 154 Judicial II Penal.

Como puede verse dada mi entrega y compromiso laboral he ido creciendo y ascendiendo en mi carrera profesional como servidor público, como lo aspira todo ser humano sensato, para llegar a una vejez digna, estable y sin mayores contratiempos, sobre todo con una seguridad social plena que el Estado esta llamado a garantizar por ser un mandato constitucional contenido en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, en un Estado Social de Derecho, Democrático y Participativo, como lo es el Estado Colombiano.

3. El cargo que ocupaba en la Procuraduría General de la Nación hasta el 1º de septiembre de 2016, hasta que se posesionó la nueva funcionaria, como Procurador 154 Judicial II Penal, además de haber sido un reconocimiento a mi compromiso, eficiencia y eficacia, en los largos años de trabajo en la PGN, me permite diseñar un plan importante de vida para sostenerme junto con mi señora en mis años de vejez y de enfermedad que se avecinan, y ese diseño y plan de vida de acuerdo a mi derecho a la seguridad social, de acuerdo a mis características y status social, procurando una mejor integridad física e integridad moral, sicológica y para vivir sin humillaciones, se han visto coartadas por la entidad en que laboro, al ordenar que vuelva a mi inicial cargo de carrera, asesor grado 18, con menos status y menos ingresos económicos laborales.
4. Mi derecho a una vida digna en mi vejez, se encuentra amparado como principio fundante en nuestra Constitución Política en los artículos 2, 48 y 53; por tanto, debe ser garantizado por el Estado, en tratándose de un Estado Social de Derecho organizado e instituido en el respeto por la dignidad humana, especialmente, garante de un derecho fundamental autónomo y de la seguridad social para las personas adultas mayores, como yo, que han consagrado su vida con entereza al servicio de la sociedad, reitero, como ha sido mi caso, que debe ser protegido a través de esta acción de tutela al no haber otro medio inmediato para hacerlo.

5. La entidad accionada abusa del "ius variandi" cuando de manera inconsulta realiza cambios en mis condiciones laborales de trabajador al regresarme a mi inicial cargo de asesor grado 18, sin tener en cuenta aspectos que afectan la esfera de mi dignidad y mis ingresos económicos para obtener una pensión merecedora o meritoria en menos de 10 meses, como por ejemplo, al no tener en cuenta mi situación o núcleo familiar, el estado de mi salud, la antigüedad en la entidad, mis condiciones salariales, el comportamiento eficiente en mi larga vida laboral y el rendimiento demostrado. No obstante que la entidad tiene conocimiento de mi trayectoria como buen funcionario y servidor público, que mi enfermedad ya supera los cuatro años y medio y que se me han concedido varios meses de incapacidad, como obra en la respectiva oficina de recursos humanos, donde se puede constatar tal situación, la PGN ha omitido tenerlas en cuenta y hacer las valoraciones correspondientes como entidad defensora de los derechos humanos de todos los asociados.

Es de público conocimiento la gran diferencia existente en la PGN entre un cargo grado 18, al que se me quiere retornar y el cargo de asesor grado 24 así como el cargo de Procurador Judicial II Penal, estos dos últimos cargos que he ostentado en los últimos 4 años de vida laboral en dicho Órgano de Control Estatal.

6. No requiere mayor esfuerzo comprender, menos prueba alguna, que al ordenárseme volver al cargo grado 18 de la PGN, por la decisión adoptada por la administración, según comunicación del pasado 30 de agosto a mi entregada y la posesión de la nueva funcionaria en el cargo de Procurador 154 Judicial II Penal, el pasado 1 de septiembre, que tal decisión afecta sustancialmente mis ingresos laborales, en primer orden por la disminución y desmejora del salario, por ende afecta mi dignidad humana y laboral, no obstante el deber del Estado de protegérmela y defendérmela, pues la estabilidad laboral reforzada debe entenderse como derecho fundamental para una seguridad social digna, contenida en la constitución política; cualquier medida que conlleve a desmejorar la condición de vida del trabajado atenta contra mi condigna pensión de Jubilación o de vejez; agrava los derechos fundamentales y desconoce los principios constitucionales de respeto a la dignidad humana, y la posibilidad, en poco tiempo, una vida estimable y digna.
7. Ha dicho la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional que la facultad directiva o de la administración de impartir órdenes no es absoluta e ilimitada tratándose de la potestad que posee de variar las condiciones laborales de sus trabajadores, en especial tratándose de la movilidad geográfica de éstos o incluso la de cargos, grados o trabajo, la cual no puede obedecer al capricho empresarial, sino que debe corresponder a razones objetivas como son las técnicas, de organización y las propiamente humanas sin que tal medida pueda llegar a implicar el desconocimiento del derecho del trabajador a que su situación laboral, familiar y económica no

sea desmejorada¹. En mi caso, la PGN ha desmejorado mi digno ingreso salarial de hace cuatro años para acá, y por tal motivo mi posibilidad de obtener una pronta pensión de jubilación o de vejez digna.

El regresar al cargo grado 18 de la PGN, por la decisión adoptada por la administración constituye una situación negativa en mi vida profesional, laboral y salarial, que la reiterada jurisprudencia constitucional ha condenado por tratarse de una desmejora en las condiciones del trabajador.

La Honorable Corte Constitucional, sobre el *ius variandi*, en Sentencia No. T-407/92 Magistrado Ponente, Doctor Simón Rodríguez Rodríguez, establece que siendo facultad del Empleador, ésta no es absoluta y debe tenerse en cuenta por sobre todas las cosas la preservación del honor y la dignidad del trabajador al ejercitar su derecho, por ello, al modificarse el salario por parte del Empleador, deberá tener consentimiento del trabajador expresamente manifestado, además hacerse dentro del marco de respeto de los derechos fundamentales.

La reubicación laboral de un trabajador no puede desmejorar el salario vigente, sino ofrecerle los mismos o mejores beneficios respecto al cargo que venía desempeñando, indicó el Ministerio del Trabajo.

Debo reiterar, que en otros casos como el mío, tengo conocimiento que se ha concedido el derecho a la protección laboral reforzada y a la condición de pre pensionado, menciono el de la señora JULIETA MARGARITA FRANCO DAZA y el de la señora ESPERANZA GALINDO DÁVILA, éste último por parte del Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", lo cual podría verificarse en la Procuraduría General de la Nación.

Si la administración tiene el derecho a la reubicación laboral de un trabajador por diversas situaciones administrativas o de salud del empleado, en aras de conservar su empleo, vivir dignamente y satisfacer su mínimo vital, mal podría el empleador desmejorarle mi remuneración de hace 4 años para acá.

Corresponde entonces al empleador realizar las modificaciones necesarias en la planta de personal en cuanto a la modalidad de salario, si es el caso, para que al trabajador no se le afecte su mínimo vital ni disminuyan sus ingresos.

Ha dicho el Ministerio del Trabajo que la reubicación laboral puede derivarse de un periodo de incapacidad temporal de origen laboral o por orden del especialista en medicina laboral, o diría yo, por cualquier otra situación administrativa, cuando el trabajador recupera la capacidad para regresar a la entidad o ha sido dictaminado con una incapacidad permanente parcial u otra determinación. En estos casos, el empleador

¹Ver sentencia de la Corte Constitucional T-682 de 2014.

debe reincorporarlo al mismo cargo o a otro en el que pueda prestar sus servicios sin desmejoramiento de cargo o remuneración.

8. Además, de acuerdo con varios fallos de la Corte Constitucional, entre ellos las sentencias T-263 y T-960 del 2009 y T-269 y T-554 del 2010, el nuevo cargo no puede derivar en una violación a la dignidad o una afectación del derecho fundamental al mínimo vital del trabajador².

La Honorable Corte Constitucional, en punto al derecho al trabajo con dignidad humana y a la Estabilidad laboral, en sentencia T-326 de 2014 ha dicho:

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

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

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

² Ministerio del Trabajo, concepto 118126 del 15 de julio de 2014.

acceso a los empleos del Estado. Esta interpretación razonable implica, necesariamente, que la autoridad debe incluir entre su análisis de la regla legal de la carrera administrativa, todas aquellas variables relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales del aspirante y de quien ejerce el cargo en condición de provisionalidad. Esto con el fin de evitar que una maximización de alguno de estos derechos permita llegar a resultados manifiestamente injustos, entre ellos los que significan la grave afectación de las posiciones jurídicas que la Constitución garantiza a los sujetos de especial protección. Al respecto, la sala Primera de Revisión consideró en la sentencia T-017 de 2012, para el caso particular de los pre pensionados, las siguientes premisas útiles para resolver la tensión expuesta:

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

“[...]”

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

“También son de relevancia directa, en aplicación de esta pauta de comportamiento de los servidores públicos, las disposiciones constitucionales consagradas en los artículos 2 –asegurar la vigencia de un orden justo como uno de los fines esenciales del Estado–, 4 –prevalencia absoluta de la Constitución Política en tanto norma de normas– y 5 –primacía de los derechos inalienables de la persona– de la Constitución; son estos mandatos del constituyente los que deben guiar el cumplimiento de las funciones de los

servidores públicos en cada decisión y cada actuación que adopten, para efectos de procurar, constantemente, el evitar resultados manifiestamente injustos, violar lo dispuesto en la letra o el espíritu de la Constitución Política, o desconocer la prevalencia imperativa de los derechos fundamentales.

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

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 provisionalidad³, debido a la necesidad de permitir el

³ Agrega este peticionario de la acción de tutela, “o incluso en aquellos casos en que estando un funcionario en carrera administrativa, pero ejerciendo por encargo otro cargo en provisionalidad de mejor grado y remuneración económica, al quererle retomar al que ostentó en un tiempo, pero desmejorándose su condición actual laboral, el Estado debe garantizarle este último por su situación de pre pensionado o de situación reforzada”.

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

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

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

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

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

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

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

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

"Esa tesis se fundamenta en las siguientes premisas: el reconocimiento de un derecho pensional, de acuerdo con lo establecido por esta Corporación, debe darse en el término de 4 meses, y la inclusión en nómina de pensionados del interesado, en un término de 2 meses adicionales; de otra parte, según jurisprudencia constante de este Tribunal, la suspensión extendida en el pago de salarios, por más de dos meses, permite presumir la afectación al mínimo vital (SU-955 de 2000). En ese marco, para que el mecanismo judicial sea efectivo, debería asegurar una respuesta en el término de 2 a 3 meses o, en cualquier caso, en un término inferior a 6 meses.

"No hace falta recurrir a estadísticas relacionadas con el nivel de 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".

7.4. Si bien el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagra la posibilidad de que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, desde la misma demanda se solicite con la debida motivación, el decreto y práctica de medidas cautelares antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, con

el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; por la novedad de esa jurisprudencia que apenas está formándose, pues todavía es muy reciente la norma, en la actualidad es difícil establecer con certeza el impacto y el grado de eficacia e idoneidad de dichos instrumentos judiciales para la protección de los derechos fundamentales de la accionante.

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

9. Debo expresar a los señores Magistrados, que la PGN antes de comunicarme el decreto por el cual se nombró a la nueva Procuradora 154 Judicial II Penal, desvinculándome de mi provisionalidad, debió verificar mi situación de pre pensionado y no hacerlo de manera inconsulta afectando mis derechos fundamentales constitucionales y legales, pues se observa categóricamente que no solamente los amenazó y vulneró sino que omitió hacerlo, por tal motivo me ha conculcado los derechos al trabajo con dignidad humana, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social para una vida digna, al mínimo vital, la condición de pre pensionado, derecho a la salud, al de igualdad y al debido proceso.

2.2 Vulneración del Derecho seguridad social, al mínimo vital y Dignidad Humana. Artículos 2, 13, 48 y 53 Constitucional.

El artículo 272 de la Ley 100 de 1993 en su estipulación, interpretación y aplicación de normas de seguridad social refiriéndose a la “Aplicación preferencial” preceptúa que el sistema integral de seguridad social establecido en la presente ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores”.

Igualmente señala: “la incorporación de los servidores públicos al Sistema General de la Seguridad Social, incluyendo a los congresistas se hará sin desconocer los principios del artículo 53 constitucional referidos a la igualdad al reconocimiento de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; **irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social,** etc.”. (Negrillas, realce y subrayas fuera del texto).

En estos términos los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia y deben ser respetados por la Procuraduría General de la Nación para que en mi caso, pueda acceder a la pensión de jubilación o de vejez, sin desmejorar mi situación laboral y económica, como derecho fundamental enunciado.

2.3 VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD, AL DE LA CONDICIÓN DE PRE PENSIONADO Y AL DEL DEBIDO PROCESO E IGUALDAD.

Hace tres años vengo padeciendo una artrosis severa que ha desmejorado mi calidad de vida, lo que ha hecho que mi cadera derecha e izquierda hayan sido reemplazadas totalmente, además de fuertes dolores en las articulaciones superiores que posiblemente sigan la misma suerte de las articulaciones inferiores en operación y tratamiento, así como otras dolencias que han hecho que después de 27 años de servicios al Estado, tenga que dedicarle tiempo suficiente al tratamiento médico para mejorar mi calidad de vida, pero la PGN omitió tener en cuenta mi condición de salud y de pre pensionado, y de hombre mayor adulto, a pesar de mi historia laboral y clínica existente en la Oficina de Talento Humano de la PGN, donde también obra las diferentes incapacidades concedidas por dichos tratamientos, por más de 45 días cada una de las intervenciones quirúrgicas recibidas .

Con la comunicación del 30 de agosto de 2016, la PGN se ha interpuesto en mi camino al omitir tener en cuenta mi condición de pre pensionado para obtener dignamente y sin desmejora alguna el reconocimiento de mi pensión de jubilación o de vejez, desconociendo derechos fundamentales adquiridos como el de la estabilidad laboral reforzada, la seguridad social con dignidad humana y mínimo vital, para mi estabilidad económica y poder seguir viviendo como persona y adulto mayor que merece el reconocimiento al haber dedicado mi vida al servicio del Estado y de la sociedad (Artículos 1, 2, 48, 53 y 93 constitucional, en cuanto que El Estado garantizará el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna, y la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores).

No tuvo en cuenta la PGN el Derecho contenido en los artículos 48 y 53 de la Carta Política respecto del el derecho irrenunciable a la Seguridad Social con dignidad humana, con igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador en condiciones de pre pensionado.

Menos tuvo en cuenta la PGN, que a ley, los contratos, los acuerdos, convenios de trabajo incluso resoluciones de las entidades como las recientemente emitidas

por el señor Procurador General de la Nación, en el tema que nos ocupa, puedan menoscabar la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores, como ocurre en mi caso.

La honorable Corte Constitucional respecto al mínimo vital y al derecho a acceder a él, en reciente jurisprudencia (Sentencia T- 581 A de 2011) ha dicho: *"El concepto de mínimo vital, de acuerdo con la jurisprudencia, debe ser evaluado desde un punto de vista desde de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana.* (Negritas y subrayas fuera del texto).

Este derecho del mínimo vital se fundamenta en la solidaridad y la libertad considerando que las personas, para gozar plenamente de su libertad, necesitan un mínimo de seguridad económica y de la satisfacción de necesidades básicas. Otro fundamento de este derecho es la igualdad material o real, en ese sentido, es necesario equiparar, al menos en un mínimo, las condiciones materiales de los individuos en el círculo y la sociedad en que se desenvuelven. Situación que para mi caso no ha tenido en cuenta la PGN.

El Decreto 2539 de 2009 de Presidencia de la República, el reciente proyecto de ley de reten social que se tramita en el congreso buscan siempre la protección del trabajador en condiciones especiales como la mía, no solo por edad en los albores de persona mayor adulta, sino por enfermedades degenerativas como la que padezco y he expuesto ante los señores magistrados con suficiente prueba anexa a esta demanda, que me obligan a solicitar protección en mis derechos fundamentales para tener una vejez digna y con facilidades para atender las otras enfermedades que los años demandan después de una larga vida laboral realizada en la PGN con esfuerzo, dedicación, con compromiso institucional, social, eficiente y eficaz, como podrá verificarse en la misma institución si los honorables Magistrados así lo determinan.

Las normas internacionales de la OIT, los convenios sobre la materia, a los que está adscrito el Estado Colombiano, exigen que ninguna normatividad posterior o su análisis e interpretación por parte de un funcionario puede atentar o menoscabar los derechos de los trabajadores, sobre todo, en situaciones especiales como la mía, y la Procuraduría General de la Nación como garante de los derechos de los ciudadanos debe protegerlos, pero en este caso no se ha hecho, a pesar de contar con la facultad y el material probatorio para ello.

Es por ello que este accionante, con base en principios constitucionales, legales y jurisprudenciales, con todo respeto solicita a los honorables Magistrados del Tribunal Superior de Cundinamarca, ordenar a la Procuraduría General de la Nación para que se me mantenga en el cargo de Procurador 154 Judicial II Penal o en otros de similar categoría y remuneración, para que pueda acceder en aproximados nueve meses a mi derecho a la pensión de jubilación o de vejez, en términos de derecho al trabajo en iguales condiciones, a su estabilidad y sobre

todo con dignidad humana y no con desmejoramiento del trabajador en cargos inferiores.

La jurisprudencia ha reiterado que el derecho al mínimo vital ha sido desarrollado por la Corte constitucional como un aspecto de naturaleza fundamental relacionado con la dignidad humana y que es especialmente relevante cuando su titular es una persona de la tercera edad o adulto mayor, como en mi caso, que supero los 61 años de edad. Es de recordar que la situación de las personas de la tercera edad frente a la afectación al mínimo vital es especialmente relevante, pues en muchos casos, como el mío, su único ingreso consiste en la pensión que perciben o percibirán, luego de su retiro de la fuerza laboral, de manera que la afectación que se produzca sobre ella o su expectativa, generalmente, tiene un hondo impacto en las condiciones de vida del pensionado, y que por eso solicito a los señores Magistrados protejan mis derechos a pensionarme con dignidad humana acorde con el esfuerzo laboral que he hecho y a mi corta expectativa de pensionarme con dignidad y calidad de vida.

En consecuencia de lo anterior, respetuosamente reitero mi solicitud a los señores Magistrados como Juez Constitucional de tutela, ordenar a la PGN que en un término no mayor a 48 Horas se conceda y mantenga mis derechos fundamentales invocados.

Es notorio que los derechos al debido proceso constitucional y legal, así como el de igualdad, en mi caso concreto, han sido transgredidos por la Procuraduría General de la Nación, pues la normatividad y jurisprudencia enunciada, fundada en principios de protección al hombre (Principio prohomine) exigen que el ente de control al cual me encuentro adscrito como garante de los derechos fundamentales (Artículo 277 constitucional) haya ponderado mi situación y con base en ellas y en la jurisprudencia reiterada de la Honorable Corte constitucional sobre la materia me hubiese mantenido en el cargo de Procurador 154 Judicial Penal o en otro similar, pero no ha sido así, y es por ello que el 30 de agosto pasado fui notificado, con el oficio 4325 enunciado, de mi desvinculación del cargo de Procurador 154 Judicial II Penal, desconociendo la normatividad y las decisiones judiciales, que como en este caso enuncio. (Adjunto copia de mencionado oficio). Por fortuna y en defensa del orden jurídico constitucional y legal los Jueces de tutela ya han reconocido otros casos como los mencionados de las señoras JULIETA MARGARITA FRANCO DAZA y ESPERANZA GALINDO DÁVILA, éste último por parte del Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", lo cual puede verificarse en el mencionado despacho judicial y en la Procuraduría General de la Nación.

En síntesis con todo respeto solicito a los señores magistrados se me protejan los derechos constitucionales enunciados, relacionados con el trabajo con dignidad humana, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social para una vida digna, al mínimo vital, condición de pre pensionado, derecho a la salud, al de igualdad y al debido proceso.

III. PRUEBAS.

Con el fin de establecer la vulneración de mis derechos fundamentales, solicito se sirva reconocer y practicar las siguientes pruebas:

1. Anexo 1. Copia de certificación de la PGN sobre aportes a la respectiva administración de pensiones (COLPENSIONES) desde el inicio de mi vida laboral en esa entidad del Estado, lo cual puede ser verificado con la entidad.
2. Anexo 2. Copia del acto de nombramiento como Procurador 154 Judicial II Penal.
3. Anexo 3. Copia del oficio No. 4325 del 12 de agosto de 2016 suscrito por el secretario general de la PGN, el cual me fue notificado el 30 del mismo mes y año.
4. Anexo 4. Copia de mis historias clínicas sobre tratamiento de la enfermedad por artrosis severa de la cual he venido siendo tratado medicamente, intervenido quirúrgicamente y que han disminuido mi calidad de vida y exigen que acceda a una pensión de jubilación o de vejez, en condiciones dignas y humanas.
5. Las otras pruebas que los honorables Magistrados estimen pertinentes y deban ser solicitadas a la Procuraduría General de la Nación.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Fundamento esta acción de tutela en el artículo 86 de la Constitución Política y sus decretos reglamentarios 2591 y 306 de 1992. Igualmente en los artículos 8 de la declaración universal de los Derechos Humanos, 39 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; 25 de la Convención de los Derechos Humanos y a las reiteradas recomendaciones de la OIT al Estado Colombiano (Art. 93 Constitucional).

V. COMPETENCIA.

Son Ustedes señores Magistrados Juez competente de Tutela, para conocer del asunto, por la naturaleza de los hechos, por tener jurisdicción en el domicilio de la entidad Accionada y de conformidad con lo dispuesto en el decreto 1382 de 2000. Sobre todo por ser la entidad demandada de orden Nacional, según sentencia C-530 de 1993.

VI. JURAMENTO.

Manifiesto, ante los señores Magistrados, en su condición de Juez de Tutela, que no he interpuesto otra acción de Tutela, por los mismos hechos y derechos aquí relacionados, ni contra la misma autoridad.

VII. ANEXOS.

Una copia de la demanda para el archivo del juzgado.

VIII. NOTIFICACIONES.

La parte accionada recibirá Notificaciones en la Carrera 5ª No. 15-80 de la ciudad de Bogotá, D. C.

La parte accionante recibirá Notificaciones en la Carrera 5ª No. 15-80 Piso 27, o en su defecto en la Carrera 18 A No. 43-38 apartamento 301 de esta ciudad, previa comunicación o citación al número de celular 3016199840; teléfono fijo laboral 5878750 extensión 12702 o 12705.

De los señores Magistrados, como Juez de tutela, Atentamente,


FABIO HERNÁNDEZ RAMÍREZ

CC/No. 19.261.666

Carrera 18 A No. 43-38 Apto. 301. Bogotá, D.C.TEL. 3016199840

anexo 29 fls.