



Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Tunja

CLASE DE PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA
RADICADO No.:	1500131530022018-000193
DEMANDANTE:	NYDIA CRISTINA PACHECO PACHECO
DEMANDADO	PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION
ASUNTO:	FALLO DE TUTELA

Tunja, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

ASUNTO

Se profiere sentencia de primera instancia en la Acción de Tutela promovida por **NYDIA CRISTINA PACHECO PACHECO** de forma personal, en contra de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por la presunta vulneración de su DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN Y AL ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA.

LA RESEÑA FÁCTICA

NYDIA CRISTINA PACHECO PACHECO presenta escrito de tutela por cuanto considera vulnerados sus derechos fundamentales por parte de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, ya que fue nombrada en el cargo de profesional universitario código 3PU, Grado 17 desde el 1º de octubre del año 2012 en el Municipio de Chiquinquirá y en el año 2015 salió a concurso de empleos ese cargo, pero afirma no el de ella en particular, ya que fueron 3 cargos los que se ofertaron en Chiquinquirá y ya fueron nombradas las personas en cada uno de ellos, sin embargo, la procuraduría le comunicó el 23 de mayo de 2018 que se efectuó el nombramiento de otra persona en propiedad en su cargo, razón por la que considera vulnerados sus derechos fundamentales y acude a la división de gestión humana de la procuraduría para solicitar se le reconozca como madre cabeza de hogar, la cual es negada, así mismo ante el sindicato solicita apoyo para una reubicación. Solicita la accionante que se ampare su derecho como madre cabeza de familia y como consecuencia se ordene a la procuraduría General de la Nación que la vincule nuevamente al lugar en donde prestaba sus servicios profesionales en la provincial de Chiquinquirá, en cargo similar o equivalente, se ordene el reintegro por gozar de fuero sindical y se declare la protección laboral reforzada, así como el derecho a la igualdad.

LA RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

Admitida la acción de tutela por este Despacho se dispone la vinculación de la PROCURADURÍA PROVINCIAL DE CHIQUINQUIRÁ, la notificación a esta y a las accionadas, quienes dan contestación de la siguiente manera:

La Procuraduría General de la Nación da respuesta al amparo oponiéndose a la prosperidad del mismo, teniendo en cuenta que la accionante cuenta con otros mecanismos idóneos para su defensa, que resulta improcedente porque no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, así mismo que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en establecer que en caso de tensión de derechos entre la persona que gana el concurso de méritos, frente a quien se encuentra nombrada en provisionalidad, prevalecen los derechos de los primeros. En cuanto la mención de estar amparada por el fuero sindical, la accionada cita la jurisprudencia constitucional que en un caso particular determina que cuando se trata de proveer un cargo en aplicación del concurso de méritos, por encontrarse perfectamente ajustado al ordenamiento jurídico no hay lugar a considerar una actuación deliberada del empleador con la finalidad de desconocer las garantías constitucionales sobre el derecho de asociación o el fuero sindical.

Profesional Universitario 3PU-17 y a la persona que ha sido nombrada en dicho cargo en la Procuraduría Provincial de Chiquinquirá.

CONSIDERACIONES

Con el fin de decidir el asunto el Despacho trae a colación dos elementos fundamentales esto es el relacionado con la subsidiariedad de la Acción de Tutela y la procedencia de la misma en los casos en que se enfrenta el derecho del empleado en provisionalidad, frente al que ha sido nombrado por concurso de méritos.

De la subsidiariedad de la Acción de tutela.

Según el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario, ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

La Corte ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, ha precisado que es necesario preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela y en consecuencia, será improcedente el amparo cuando quien ha tenido a su disposición las vías ordinarias de defensa, *no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional*. Esto por cuanto dichos mecanismos son herramientas efectivas para la garantía de los derechos, cuya protección no puede dejarse solamente a la acción de tutela sin haberlos agotada adecuadamente. ¹

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la Sentencia T-072/11, la Corte indicó que en ese orden de ideas la tutela constituiría un recurso para vaciar la justicia ordinaria de jueces y magistrados y se distorsionaría el carácter constitucional, para tornarse en legal.

Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: "(i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional".

De la procedencia del amparo en los casos en que se enfrenta el derecho del empleado en provisionalidad, frente al que ha sido nombrado por haber ganado dentro del concurso de méritos.

Respecto de este aspecto, la jurisprudencia ha sido reiterativa en mencionar que el acceso del ganador del concurso de méritos al empleo público, es un derecho constitucionalmente prevalente y que en caso de suscitarse una tensión entre los derechos de éste y quien se encuentra en el cargo bajo la figura de provisionalidad, se deberá consultar su particularidad, teniendo en cuenta las condiciones especiales de protección acreditadas por quien ocupa el cargo en provisionalidad siempre y cuando resulte viable para la administración garantizar los derechos de uno y otro, dado el margen de maniobra que permita la cantidad de cargos disponibles en la entidad entre otras. Ahora bien, aunque por

regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, como quiera que pueden controvertir el acto administrativo que dispone su separación los mismos a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, la cual desplazaría a la acción de tutela, queda claro que eventualmente se ha habilitado la procedencia de la misma para solicitar el reintegro a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando se evidencia la vulneración de un derecho fundamental o la ocurrencia de un perjuicio irremediable, por cuanto en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados.²

EL CASO CONCRETO

En el caso presente queda establecido en el paginario que la señora NYDIA CRISTINA PACHECO PACHECO acude a la acción de tutela con la finalidad de poder permanecer en el cargo de Profesional Universitario 3PU, grado 17, en la Procuraduría Provincial de Chiquinquirá, a pesar que en cumplimiento del concurso de méritos una vez adelantado el proceso de selección de la convocatoria No. 332 de 2015, se efectúa nombramiento en propiedad en el cargo que ella ocupaba, por la señora FRANCY JEHIN TRUJILLO RODRIGUEZ, quien superó el mencionado proceso.

Se tiene que en el caso particular, aunque previamente la accionante realizó el trámite tendiente a ser considerada por la entidad como madre cabeza de familia, lo que eventualmente habilitaría la procedencia de la acción de tutela en el sentido que lo solicita, no lo logró por cuanto ésta no encontró probadas las circunstancias requeridas al respecto, luego entonces no puede pretenderse que por vía de la acción de tutela se desconozca la decisión ya mencionada y se le conceda tal estatus, por cuanto en efecto la señora accionante tiene otros mecanismos para controvertir la decisión tanto de negativa de reconocimiento como madre cabeza de familia, como la de desvinculación de la entidad.

Del mismo modo, en ningún momento se probó la existencia de un perjuicio irremediable para la accionante, de tal manera que imperara disponer su permanencia en el cargo que venía ocupando en provisionalidad, porque como ya se dijo en aplicación de la jurisprudencia, tiene un derecho prevalente quien agotado el concurso de méritos gana el mismo y accede al empleo público para ocupar el mismo cargo en propiedad.

Debe decirse que no es la acción de tutela un mecanismo a través del cual se pueda desconocer un derecho adquirido legal y constitucionalmente por quien concursa y accede al cargo público, salvo si se acreditara las condiciones especiales de que habla la jurisprudencia ya mencionada, y en este caso particular no ocurrió así. Como consecuencia de lo anterior, lo que corresponde es negar el amparo solicitado.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE TUNJA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

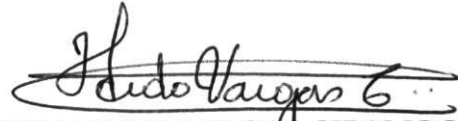
PRIMERO: NO TUTELAR el DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN Y A LESTABILIDAD LABORAL REFORZADA que adujo vulnerado NYDIA CRISTINA PACHECO PACHECO contra la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por las razones expuestas.

SEGUNDO: NOTIFICAR lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 16 Decreto 2591 de 1991.

² Referencia: expediente T-4207621 Acción de tutela presentada por Ana Isabel Velásquez Arias contra la E.S.E. Hospital San

TERCERO: : ENVIAR el proceso a la Honorable Corte Constitucional en caso que la presente sentencia no sea impugnada, para su eventual revisión, en el término señalado por el artículo 31 ibídem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Hernando Vargas C.", written over a horizontal line.

HERNANDO VARGAS CIPAMOCHA
Juez Segundo Civil del Circuito de Oralidad