



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, doce (12) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ACCIÓN:	TUTELA
ACCIONANTE:	GLORIA STELLA SAMUR SÁNCHEZ
ACCIONADO:	SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y OTROS
RADICADO:	70001-23-33-000-2016-00283-00
INSTANCIA:	PRIMERA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Tribunal dentro del término legal, a resolver en primera instancia, la acción de tutela promovida por la señora **GLORIA STELLA SAMUR SÁNCHEZ**, en contra del **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE SINCELEJO-SALA ADMINISTRATIVA-CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE SUCRE**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la confianza legítima-debido proceso, trabajo e igualdad.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA SOLICITUD DE TUTELA

La señora **GLORIA STELLA SAMUR SÁNCHEZ**, en ejercicio de la acción de tutela solicita la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, derecho a la igualdad, mínimo vital y estabilidad reforzada presuntamente vulnerados por el **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE SINCELEJO-SALA ADMINISTRATIVA-CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE SUCRE**.

En amparo de sus derechos, **PRETENDE** que se le amparen los derechos fundamentales invocados y como consecuencia:

- Se ordene a los entes accionados, que teniendo en cuenta la estabilidad reforzada por su condición especial de madre cabeza de familia, no se le

desvincule del cargo que ostenta, y se le mantenga en él, o en otro de igual o superior jerarquía, si no existiere en la actualidad, este deberá ser creado, de conformidad a las voces de la sentencia de unificación SU-446-2011 y otras de igual contenido que amparan los estados de MADRES Y PADRES CABEZAS DE FAMILIA.

- Se ordene a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura Sucre, abstenerse de publicar la vacante del cargo de Profesional Universitario Grado 11-Grupo Legal y logístico del Área de Asistencia Legal de la Administración Judicial de Sincelejo.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** relevantes, resume la Sala los siguientes:

Comenta la actora que, es empleada en provisionalidad de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Sincelejo, desde el año 1994 y el cargo que ocupó en esa entidad es el de profesional universitario grado 11, Grupo de Apoyo Legal y Cobro Coactivo, del Área de Asistencia Legal.

Expone que ostenta la calidad de madre cabeza de familia, ya que está bajo la condición de viuda, ya que su esposo falleció el 18 de Octubre de 2015 en la ciudad de Bogotá quedando viuda y sin ningún amparo económico

Sostiene que, a la fecha tiene bajo su cuidado y protección a sus hijas y nietas así:

" (sic) MARÍA CAROLINA ÁLVAREZ SAMUR: Estudiante de Pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad CECAR, la cual carece de recursos económicos por estar estudiando la carrera antes anotada y no trabajar en una entidad pública y privada.

MARÍA CAMILA ÁLVAREZ SAMUR: Quien es estudiante de bachillerato del Colegio Gimnasio Altaír de la Sabana en el grado 10º, con 15 años de edad a la fecha, quien al igual que mi hija mayor dependen económicamente del ingreso que recibo como empleada de la DIRECCION SECCIONAL DE ADMINISTRACION JUDICIAL DE SINCELEJO.

Igualmente tengo a mi cargo dos (2) nietas gemelas producto de una relación de mi hija MARÍA CAROLINA ÁLVAREZ SAMUR, las cuales las tengo bajo mi férula y soporto todos los gastos por educación, manutención y demás. Estas se encuentran estudiando segundo de primaria en el Colegio Nuestra Señora de las Mercedes, a la fecha estas niñas gemelas tienen 7 años, y sus nombres son MARIANA Y CATALINA VÉLEZ ÁLVAREZ".

Indica que, en la actualidad producto de la carga económica que soporta adeuda más de CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000).

Aduce que, durante más de 22 años ha sido empleada de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Sincelejo, ocupando diversos cargos, desempeñándose en la actualidad como Profesional Universitario Grado 11 del Grupo de Apoyo Legal y Cobro Coactivo del Área de Asistencia Legal.

Narra la actora que, la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Sucre, mediante Acuerdo PSAA09-067 del 9 de septiembre de 2009, realizó convocatoria para proveer el concurso de méritos en los cargos de empleados del Consejo Seccional y Dirección Seccional, para inscribirse en el concurso en mención, razón por la cual se inscribió en la convocatoria para aspirar al cargo denominado Profesional Universitario Grado 11 (Contaduría), del cual solo se ofertó una plaza.

Sostiene que, agotado el proceso del concurso de méritos, se expidió la Resolución No. 092 del 21 de julio de 2016, que contiene el Registro Seccional de Elegibles para el cargo de Profesional Universitario Grado 11, cargo que actualmente ostenta, igual se publicó la respectiva vacante para opción de sede y remitió el acuerdo CSJSA16-128 del 15 de septiembre de 2016 por medio del cual se conformó la lista de aspirantes que optaron por sede al nominador para ocupar dicha plaza, lista compuesta por el señor Daniel Romero Vitola y William Hernández Vergara.

Por último afirmó que, en el evento que se provea el cargo con alguno de los que se encuentran en la lista de elegibles, quedaría desamparada, desde todo punto de vista, ya que el único sustento de su hogar es el salario que recibe en la actualidad, por su condición de madre cabeza de familia.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Presentación de la tutela: 28 de septiembre de 2016 (fol.23): Admisión de la demanda: 29 de septiembre de 2016 (fol. 25). Notificación a las partes: 30 de septiembre de 2016 (fol. 26 a 34).

1.2.1. De la medida cautelar solicitada.

La parte actora solicitó como medida provisional, la suspensión inmediata de los nombramientos para proveer el cargo de Profesional Universitario grado 11, del grupo de apoyo legal y coactivo del área de Asistencia Legal de la Dirección Seccional de la Administración Judicial de Sincelejo-Sucre, que actualmente ocupa.

La anterior fue decidida en el mismo auto admisorio de la acción de tutela, resolviendo denegarla, al considerarse, que no se vislumbraba una inminente causación de perjuicio irremediable, y teniendo en cuenta además, que el fallo de la acción constitucional de tutela estaba sometido a un trámite célere, el cual está condicionado a ser dictado dentro de los 10 días siguientes a la presentación del mecanismo de amparo constitucional.

1.3. CONTESTACIÓN A LA ACCIÓN DE TUTELA.

1.3.1. INFORME RENDIDO POR CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE SUCRE-SALA ADMINISTRATIVA (fols. 35-36).

Rinde su informe, argumentando en primer lugar que, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo PSAA08-4591 del 11 de marzo de 2008, *"por el cual dispuso que las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la judicatura adelantaran los actos preparatorios y dictó las directrices para el proceso de selección para la provisión de los cargos de empleados de carrera de los Consejos Seccionales de la Judicatura y Direcciones Seccionales de Administración Judicial."*

Que en el desarrollo de las Fases I y II de la convocatoria, la Unidad de Administración de Carrera Judicial y la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico presentó a consideración de esta Sala el informe consolidado de los cargos a convocar, entre los cuales se encontraban todos aquellos que hacían parte de la Secretaría Común del Consejo Seccional de la Judicatura de Sucre y de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Sincelejo.

Sostuvo en lo concerniente al caso de la accionante, sobre la protección reforzada que solicita ante su condición de madre cabeza de familia, precisa, que la Honorable Corte Constitucional en torno a la figura del Reten Social y la estabilidad laboral a grupos vulnerables sujetos de protección constitucional ha indicado que, esa protección deviene en los procesos de renovación de la administración (reestructuración administrativa) y los de liquidación (liquidación

forzosa) y no frente al desarrollo de un concurso público de méritos pues de conformidad con lo consagrado en nuestra Constitución Política los empleos de los órganos y entidades del Estado son de Carrera. Respecto a la provisión de cargos en la Rama Judicial, el artículo 132 de la ley 270 de 1996 establece que la provisión de estos puede hacerse de tres formas: en propiedad, en provisionalidad o en encargo. La provisión en propiedad, establece que se presenta cuando: se trata de un cargo de carrera, éste se encuentra en vacancia definitiva y se han superado todas las etapas del proceso de selección respectivo. Por su parte, cuando se trata de la provisionalidad, el nombramiento exige una vacancia definitiva, pero se hace la designación mientras se lleva a cabo el sistema legalmente previsto, por ejemplo el respectivo concurso de méritos.

Señaló igualmente, acorde con el marco legal y jurisprudencial aplicable, cuando el nominador procede a nombrar en propiedad a un servidor por las formas legalmente establecidas, el eventual retiro no se estaría llevando a cabo, como facultad discrecional del nominador, sino como consecuencia de que el cargo está provisto en provisionalidad en un cargo de carrera y existencia de un proceso de selección que culminó con todas sus etapas y/o la existencia de un concepto favorable de traslado, situación ajena e independientes de las particularidades personales que pueden rodear a quien está desempeñando el cargo en provisionalidad.

Informa la accionada que, la convocatoria data del año 2009 por lo que a la fecha presente la accionante, al no haber superado la prueba de conocimiento que le permitiera continuar con las etapas del concurso y garantizarse un lugar en la lista de elegibles dentro el Concurso de méritos para proveer los cargos de Dirección Seccional de Administración Judicial, ha contado con tiempo suficiente para obtener otro modo de garantizar su subsistencia y la de los suyos dada su condición de abogada con experiencia de más de 22 años en la Rama Judicial, máxime cuando su calidad de viuda, en nada afecta su situación económica teniendo en cuenta que según se afirma en las declaraciones juramentadas que anexa como prueba al trámite, su esposo no laboraba por enfermedad que le impedía hacerlo y por tanto no aportaba económicamente para los gastos del hogar.

En todo caso correspondería a la autoridad nominadora realizar la ponderación de méritos, en aras de garantizar los derechos de carrera en igualdad de

condiciones frente la situación particular del servidor que actualmente ostenta el cargo en provisionalidad.

En lo atinente a la petición relacionada con que este Consejo se abstenga de publicar la vacante del cargo de Profesional Universitario Grado 11 del Grupo de Apoyo Legal y Logístico del área de Asistencia Legal de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Sincelejo, es menester precisar que carece de actualidad. Ello teniendo en cuenta que la publicación de la vacante que ocupa la atención se dio en el mes de septiembre de 2016, manifestando su interés en ella dos de los integrantes del Registro de Elegibles producto de la convocatoria No. 2, situación que no se puede retrotraer, máxime cuando el acto administrativo que contiene la lista se encuentran en poder del nominador desde el día 20 de septiembre de los cursantes y hasta el día de hoy se vence el término de diez (10) días para realizar el nombramiento en propiedad a las luces del artículo 164 de la ley estatutaria de administración de justicia.

1.3.2. De la vinculación oficiosa:

La Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura, en el informe rendido, solicita que se vincule al trámite constitucional a los señores, Daniel Romero Vitola, y William Hernández Vergara, quienes conforman la lista de elegibles para el cargo de Profesional Universitario Grado 11 de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Sincelejo, por lo que la Sala en aras de Proteger el Debido Proceso de las partes, resolvió mediante Auto del 06 de octubre de 2016 (folio 39), vincular de oficio a las personas antes señaladas y otórgales el término de 24 horas para rendir los descargos correspondientes.

Al respecto se pronunció el señor Romero Vitola mientras que William Hernández Vergara, guardó silencio sobre los planteamientos de la demanda.

El señor **DANIEL EDUARDO ROMERO VITOLA**, rindió su informe en los siguientes términos¹:

Rinde su informe, argumentando, respecto a la condición de madre cabeza de hogar, esto es sólo en lo relacionado con la menor María Camila Álvarez Samur, puesto que, según lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 2 de la ley 1232 del año 2008, sólo hace referencia a la tenencia a su cargo de "*hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar*" es

¹ Folio 48 a 52.

decir, dicha condición no se adquiere respecto de la señora María Carolina Álvarez Samur, así como tampoco a las dos hijas de esta última (Mariana y Catalina Vélez Álvarez), dado que la señora María Carolina no es menor de edad y tampoco padece de una incapacidad física o mental que le impida valerse por sí misma. De igual forma, la accionante no adquiere dicha condición respecto de sus nietas (Mariana y Catalina Vélez Álvarez), hijas de la hija mayor de edad, toda vez que no son hijas propias.

Objetivamente, la accionante es madre cabeza de hogar dado el fallecimiento de su esposo y la dependencia de su hija menor de edad María Camila Álvarez Samur, no obstante que los demás elementos de este hecho no correspondan con la realidad jurídica.

En lo atinente con el concurso de méritos, expuso que, en lista de elegibles, ocupó el segundo lugar para el cargo de profesional universitario grado 11 del área jurídica de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Sincelejo, y, la persona que ocupó el primer puesto (Ruiz Moreno Juan Carlos identificado con cédula de ciudadanía N° 92.541.293), también ocupó el primero puesto para el cargo de Profesional Universitario grado 12, para el cual se postuló.

Que, el 2 de septiembre de 2016, radicó el formato de opción de sede, y posteriormente, se expidió la lista consolidada, en la que quedó en primer lugar para el cargo mencionado, y esta fue enviada a la Dirección Seccional de Administración Judicial de Sincelejo, actualmente, y están corriendo los términos dispuestos en los artículos 133 y 167 de la ley 270 de 1996, por lo que se encuentra a la espera de que dicha entidad notifique su nombramiento.

Puntualizó respecto a la demora para proveer los cargos, que desde la publicación del Acuerdo que dio inicio al concurso de méritos, hasta el día de hoy, cuando aún no se termina el concurso, han transcurrido 7 años, si esto, se compara con otros concursos públicos de méritos, por ejemplo, el concurso para elegir procuradores judiciales, cuya convocatoria fue publicada² el 23 de enero del año 2015 y el día 8 de julio de 2016 ya había sido expedida la lista de elegibles, por lo que en la actualidad la mayoría de quienes ganaron dicho concurso están debidamente posesionados, es decir, dicho concurso duró algo más de año y medio, dando por descontado que en él se iban a proveer cientos de vacantes, con miles de postulantes y diversas sedes.

Por último informó que, en su condición de vinculado al presente proceso de tutela, reitera en que no es procedente amparar los derechos de la accionante, si con ello se pretende desconocer en cualquier medida los derechos que le asisten en virtud de las normas de carrera administrativa, por consiguiente, no puede dilatarse un día más su nombramiento, por lo que se deberán tomar las medidas afirmativas que no interfieran o limiten de ninguna forma sus derechos.

Agrega que, sin el ánimo de convertir el ejercicio de ponderación que ha propuesto en líneas anteriores, en una suma aritmética interminable de derechos en juego, está en su deber de manifestar que particularmente se encuentra en una condición especial de protección, toda vez que su esposa se encuentra en estado de embarazo, particularmente en un estado inicial de la gestación (siete semanas), y en estos momentos ninguno de los dos están laborando, siendo el día 4 de enero del año 2016 su último día de trabajo de este año, por lo que ostenta la condición de padre cabeza de familia. En razón a esto, solicita que dicha condición sea tenida en cuenta, buscando con ello, de manera especial, que no se decreten las medidas provisionales solicitadas por la accionante.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

2.1. COMPETENCIA. El Tribunal se declaró competente para conocer del asunto de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Nacional y el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

2.2. PROBLEMAS JURÍDICOS.

De conformidad con los antecedentes reconstruidos debe la Sala establecer, *¿si en el presente asunto, es procedente la acción de tutela para amparar los derechos de la actora nombrada en provisionalidad y frente al derecho de las personas perteneciente a la lista de elegibles dentro del concurso de méritos de empleados de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Sincelejo convocado mediante Acuerdo PSAA09.067 del 9 de septiembre de 2009?*

2.2.1. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS.

Para absolver el planteamiento anteriormente expuesto y desarrollar la tesis, la Sala abordará, los siguientes temas: **(i)** Procedencia de la acción de tutela

dentro de una actuación administrativa, **(ii)** Procedencia de la acción constitucional de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Procedencia excepcional en casos de concursos de mérito, y **(iii)** Los pronunciamientos jurisprudenciales en los casos en que entra en conflicto, los derechos de una persona nombrada en provisionalidad que alega ser madre cabeza de familia y los del individuo que hace parte de la lista de elegibles de un concurso de méritos para acceder a ese mismo puesto.

2.3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA DENTRO DE UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA:

La Constitución Política a través de su artículo 86, prescribe que la acción de tutela es un mecanismo sumario diseñado para la protección de los derechos fundamentales, que sólo procede *“cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”*

Ahora bien, si la tutela está establecida como un mecanismo subsidiario y residual, es decir, solo puede ser interpuesta cuando el afectado no tenga otro mecanismo de defensa judicial mediante el cual pueda evitar la afectación de los derechos o detener la vulneración de los mismos, salvo que, teniéndolo este sea ineficaz para el amparo de los derechos y la tutela sea el mecanismo idóneo para impedir un perjuicio irremediable

Debido a lo anterior, en reiterada jurisprudencia se ha establecido la improcedencia de la tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto, pues para controvertir estos se tiene la acción, hoy medio de control, de nulidad y restablecimiento del derecho, que se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Al respecto la Corte Constitucional ha manifestado:

“Por regla general, la acción de tutela no procede contra actos administrativos de contenido particular y concreto en la medida en que éstos pueden ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, el afectado puede solicitar su suspensión provisional. Sin embargo, de manera excepcional, cuando la acción de tutela se instaura para evitar un perjuicio irremediable y existe una presunta violación de derechos fundamentales, se torna procedente.

...

En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que el perjuicio irremediable es aquel que tiene las características de inminencia, urgencia y gravedad. Por lo tanto, cuando se acredite la existencia de un perjuicio que: (i) sea inminente, En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que el perjuicio irremediable es aquel que tiene las características de inminencia, urgencia y gravedad. Por lo tanto, cuando se

acredite la existencia de un perjuicio que: (i) sea inminente, es decir, que produzca de manera cierta y evidente la amenaza de un derecho fundamental; (ii) imponga la adopción de medidas apremiantes para conjurarlo; (iii) amenace de manera grave un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico; y, (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad, la acción de tutela es procedente aunque para controvertir el acto administrativo de carácter particular, el actor tenga a su disposición otros medios de defensa judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”²

Sobre el punto expuesto, nos ilustra el tratadista y Consejero de Estado JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, determinando de manera precisa las restricciones que de manera constitucional existen para invocar la procedencia de la tutela frente a este tipo de actos administrativos así;

“... en la individualización de la pretensión: la tutela no procede frente a todo tipo de violaciones de los principios fundamentales es posible intentarla cuando los derechos vulnerados son de naturaleza subjetiva y personal, solo de manera excepcional procede contra violaciones colectiva de derechos como es el caso de la acción de tutela contra particulares, y en lo concerniente a la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial refiriéndose a que si los actos que se consideran violatorios de los derechos fundamentales, pueden ser objeto de impugnación a través de otros recursos o acciones judiciales, de ser así no es posible hacer uso de este medio judicial exceptuando si se está frente a un perjuicio irremediable.”³

En igual sentido, manifiesta la Corte Constitucional:

“Con todo, en eventos determinados es posible que, pese a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, sea necesario conceder el amparo, debido a la presencia de un perjuicio que sólo podría ser remediado con la decisión del juez constitucional. La Corte ha establecido los requisitos para que proceda la tutela contra actos administrativos, así:

“(1) Que se produzca de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (2) que de ocurrir no exista forma de reparar el daño producido al mismo; (3) que su ocurrencia sea inminente; (4) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (5) que la gravedad de los hechos, sea de tal magnitud que haga evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”.

En general, resulta contrario a la naturaleza de la acción de tutela, invocarla contra actos de la administración, por perjuicios derivados de la incuria propia de quien dejó vencer los términos judiciales o no ejerció las acciones ordinarias en tiempo, o las ejerció en indebida forma sin cumplimiento de los presupuestos legales. Tampoco puede el juez de tutela entrar a sustituir al juez Contencioso Administrativo, arrogándose la facultad de decidir sobre la legitimidad o ilegitimidad de un acto de la administración, ni cuando existe otro medio de defensa judicial y respecto de actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto.”⁴

Por lo expuesto, se puede concluir en este punto que la acción de tutela no es un medio alternativo que pueda ser empleado en reemplazo de las acciones judiciales ordinarias, pues esto conllevaría el desconocimiento de la estructura

² Corte constitucional. Sala tercera de revisión. Sentencia T-067 de 2011. Referencia: expediente T-2.808.968 M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Tomo III, p. 678 y ss.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia 1048 de 2008.

jurisdiccional del Estado.

Es claro entonces que la tutela no puede utilizarse para desplazar al juez ordinario de la resolución de los procesos que por ley le corresponde tramitar, y que solo subsidiariamente, en casos de inminente perjuicio para los derechos fundamentales, aquella puede invocarse para pedir, en la generalidad de los casos- una protección transitoria, o una protección definitiva, en eventos excepcionales definidos por la jurisprudencia

Tal es el caso que la Corte Constitucional concluye por manifestar 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."*⁵

Una vez aclarado que la acción de tutela no ha sido diseñada para sustituir los medios judiciales ordinarios, tales como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se pretende atacar medidas adoptadas a través de procedimientos administrativos especiales como los concursos de méritos, pasa la Sala a estudiar si en esta oportunidad puede ser utilizada transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable, tema que se aborda a continuación.

2.4. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL EN CASOS DE CONCURSOS DE MÉRITO:

Atendiendo a las precisas características que informan la acción de tutela, queda por establecer si, a pesar de que la parte accionante cuenta con otros medios de defensa judicial para lograr controvertir el acto administrativo que dispone el nombramiento del cargo que ostenta, pueda acceder a ella de manera transitoria, toda vez que se ha venido resaltando lo tocante a la improcedencia de la acción constitucional para controvertir actos de carácter particular y concreto.

Ahora bien, ante la posibilidad que se origina del artículo 86 superior, es

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-514 de 2009

importante entrar a analizar los presupuestos dados para que la acción de amparo, proceda de manera transitoria.

Sobre el particular manifiesta la Corte Constitucional:

"Como lo ha explicado esta Corporación, aun cuando la acción de tutela es un medio judicial subsidiario y residual de defensa, la propia Constitución prevé la posibilidad de que la solicitud de amparo pueda ser tramitada, a pesar de verificarse la existencia de otro medio de defensa judicial principal u ordinario, cuando la misma se promueve como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

La posibilidad de dar trámite a una petición de tutela como mecanismo transitorio exige, por una parte, (i) demostrar que es inminente un perjuicio irremediable para el derecho fundamental y, por la otra, (ii) que existe otro mecanismo de defensa judicial al que se puede acudir para decidir con carácter definitivo la controversia planteada en sede de tutela. Tratándose de acciones de tutela promovidas contra actos administrativos de contenido general, impersonal y abstracto, valga recordar que la posibilidad de que prospere como mecanismo transitorio depende también de que se establezca que el perjuicio irremediable derivado del acto administrativo afecta clara y directamente un derecho fundamental de una persona determinada o determinable."(Negrillas de la sala)⁶

Una vez analizado lo anterior, a la luz de la normativa legal y de lo expuesto en materia jurisprudencial, podemos mencionar que es al funcionario encargado de impartir justicia a instancias de la tutela a quien le corresponde en cada caso concreto apreciar si de las circunstancias fácticas que dan origen a la acción es posible deducir o no la existencia de un perjuicio irremediable.

Se puede concluir, que el carácter transitorio de la tutela, constituye una excepción a la regla general de que solo se puede ejercer cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, toda vez que que se acepta su procedencia siempre y cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

Frente al tema, la máxima autoridad en la Jurisdicción Constitucional expuso:

En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-037 de 2009.

de ser imposterizable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

La Corte ha aplicado esta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado⁷ (Negrillas de la Sala).

Destaca la Sala que, del pronunciamiento jurisprudencial traído a colación, la H. Corporación en esa oportunidad, dispuso que, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: **i)** se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; **ii)** de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; **iii)** su ocurrencia es inminente; **iv)** resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, **v)** la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la imposterizabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

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

Así las cosas, y arribando a la conclusión final sobre la cláusula de procedencia de la acción de tutela, podemos decir que, para verificar la viabilidad del mecanismo de amparo, en torno a su carácter transitorio se deben tener en cuenta, tanto los requisitos constitucionales, como los trazados por la línea jurisprudencial, **(i)** que no exista mecanismo ordinario para resolver el conflicto relacionado con un derecho fundamental, **(ii)** el mecanismo existente no resulta eficaz o idóneo para la protección de tales derechos por las circunstancias específicas del caso, o **(iii)** aun existiendo acciones ordinarias, su interposición es necesaria, por la inminencia de un perjuicio irremediable.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-090 de 2013. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

En desarrollo de los anteriores presupuestos se puede mencionar:

a. La existencia de otros mecanismos ordinarios para dirimir el conflicto: Para la Sala, se debe partir de la idea que dado el carácter excepcional de la tutela, ésta no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante corresponderá al Juez constitucional verificar, ante la existencia de un mecanismo ordinario de la defensa del derecho fundamental, si este resulta idóneo y eficaz para la protección del mismo, en cuyo caso, por regla general, resultaría inadmisibile acudir a la acción de amparo constitucional. Es así como la sola existencia de otro mecanismo judicial no basta para tornar improcedente la acción de tutela, sino que deberá analizarse la idoneidad de la acción ordinaria para cesar la vulneración o amenaza del derecho fundamental.

Sobre la eficacia e idoneidad del medio de defensa judicial, la Corte Constitucional reiteró mediante Sentencia T-160 de 2010 con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA:

"Desde muy temprana jurisprudencia la Corte Constitucional ha intentado precisar cuáles (sic) son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere eficaz para la protección de los derechos fundamentales. Así, en la sentencia T-003 de 1992 sostuvo esta Corporación que el enunciado normativo del inciso tercero del artículo 86 constitucional debía interpretarse en el sentido que el otro medio de defensa judicial"(...) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho". Por otra parte, en la sentencia T-006 de 1992, se aseveró que correspondía al juez de tutela indagar si la "acción legal alternativa, de existir, es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados".

Bajo estos preceptos jurisprudenciales, la acción de defensa judicial ordinaria deberá ser evaluada de manera suficiente, considerando las circunstancias fácticas del caso y aquellas invocadas por el actor, para determinar si con ella se protege de manera oportuna y eficaz el derecho presuntamente vulnerado, esto es, se neutraliza el perjuicio que se cierne sobre el derecho fundamental.

b. De la concurrencia del perjuicio irremediable: Adicional a las consideraciones previas, existen circunstancias en que el Juez no necesita entrar a valorar la idoneidad de los mecanismos de defensa judicial existentes porque la acción de tutela se interpone como instrumento para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Los lineamientos jurisprudenciales señalan, que dicho perjuicio, es una de las circunstancias en que es procedente acudir al amparo constitucional aun existiendo acciones ordinarias, se configura cuando el peligro que recae sobre un derecho fundamental es de tal magnitud que afecta de manera grave e inminente su subsistencia, por lo cual las medidas tendientes a su protección resultan impostergables; así, la Corte Constitucional ha establecido un mínimo de supuestos que deben presentarse para considerar que determinado evento reviste carácter de perjuicio irremediable⁸:

***"(i) El perjuicio tiene que ser inminente,** es decir, que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón a la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia.*

***(ii) El perjuicio debe ser grave,** es decir, representado en un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, puede ser moral o material, y que sea susceptible de determinación jurídica.*

***(iii) El perjuicio producido o próximo a suceder,** requiere la adopción de medidas urgentes que conlleven la superación del daño, lo que se traduce en una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio y que esa respuesta armonice con las particularidades de cada caso.*

***(iv) La medida de protección debe ser impostergable,** o sea, que no pueda posponerse en el tiempo, ya que tiene que ser oportuna y eficaz, a fin de evitar la consumación del daño antijurídico irreparable.⁹"* (Negrillas propias).

Como puede observarse, resulta necesario, para la valoración a que está obligado el fallador, que el carácter del perjuicio irremediable se encuentre alegado y probado siquiera de manera sumaria en el proceso, lo cual impone un mínimo despliegue probatorio por parte del accionante.

Corolario a lo expuesto, se puede mencionar entonces, que es en atención al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, por lo cual le corresponde al juez constitucional determinar su procedencia ya sea para que sea invocado como un mecanismo principal o de modo transitorio, valorando en todo caso la eficacia del otro medio de defensa judicial y la existencia de un perjuicio irremediable, que conlleve a la afectación del mínimo vital del reclamante, tal como lo consagran las normas pertinentes y la jurisprudencia creada respecto al caso.

2. Pronunciamientos jurisprudenciales en los casos en que entra en conflicto, los derechos de una persona nombrada en provisionalidad que alega ser madre cabeza de familia y los del individuo que hace parte de la lista de elegibles de un concurso de méritos para acceder a ese mismo puesto.

⁸Consultar, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- T-1003 de 2003. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS

Jurisprudencialmente se ha dejado expuesto tanto jurisdicción constitucional como en la contencioso administrativa que, los empleados nombrados en provisionalidad no ostentan una estabilidad laboral igual que los funcionarios inscritos en carrera, pues aquellos pueden ser retirados legalmente cuando su puesto vaya a ser ocupado con un individuo de la lista de elegibles de concurso de méritos.

En este sentido es importante para la Sala traer a colación varios de los pronunciamientos tanto de la H. Corte Constitucional como del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al respecto se dijo:

- De la Sentencia SU-446 de 2011, donde se analizó el tema del Sistema de Carrera Administrativa, concurso de méritos y la Naturaleza y razón de ser de la lista de elegibles, exponiendo entre otras consideraciones, las siguientes:

"La importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, se puso de relieve por esta Corporación en la sentencia C-588 de 2009, al declarar la inexequibilidad del Acto Legislativo No 01 de 2008, que suspendía por el término de tres años la vigencia del artículo 125 constitucional. En el mencionado pronunciamiento se indicó que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1 constitucional, cuyo incumplimiento o inobservancia implica el desconocimiento de los fines estatales; del derecho a la igualdad y la prevalencia de derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el acceso a cargos públicos y el debido proceso.

(..)

La sentencia C-040 de 1995 reiterada en la SU-913 de 2009, explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así: 1. Convocatoria. ... es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. 2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso. 3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad. 4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso. 5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento. "Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente".

La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Junto con la etapa de

la convocatoria, es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que a través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta. Este acto tiene una vocación transitoria toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo. Esta vocación temporal tiene dos objetivos fundamentales. El primero, hace referencia a la obligatoriedad del registro de elegibles, porque durante su vigencia la administración debe hacer uso de él para llenar las vacantes que originaron el llamamiento a concurso. El segundo, que mientras esté vigente ese acto, la entidad correspondiente no podrá realizar concurso para proveer las plazas a las que él se refiere, hasta tanto no se agoten las vacantes que fueron ofertadas, de forma que se satisfagan no solo los derechos subjetivos de quienes hacen parte de este acto administrativo sino principios esenciales de la organización estatal como el mérito para ocupar cargos públicos y los específicos del artículo 209 constitucional. Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los que están ocupados en provisionalidad debidamente ofertados¹⁰

- De la sentencia T-462 de 2011, estudiando el caso del mérito en la provisión de los cargos del Estado, como criterio predominante.

"En varias oportunidades esta Corporación ha sostenido que los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos. En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor(a) a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.

Ha señalado igualmente la jurisprudencia de esta Corte, que si bien los actos administrativos que desvinculan a una persona nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera, requieren de su respectiva motivación para garantizar el derecho al debido proceso, esto no significa que quienes han sido nombrados en provisionalidad ostentan la misma estabilidad laboral de quien se encuentra en el sistema de carrera por haber accedido al cargo por concurso de méritos.

Sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y los discapacitados, a quienes si bien por esa sola circunstancia, no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, si surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa, tendiente a no lesionar los derechos fundamentales de ese grupo de personas, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos o, de no haberse dispuesto previamente ningún dispositivo en ese sentido, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, **siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al**

¹⁰ M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. "La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010".

La Sala reconoce igualmente que las personas que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, que deban ser desvinculadas para dar paso a quien superó el concurso de méritos, y que sufran de alguna limitación física, psíquica o sensorial, la garantía de la eficacia de sus derechos fundamentales también atañe al sistema de seguridad social, el que, por ejemplo, podría reconocer y ordenar el pago de una pensión de invalidez, de cumplirse los requisitos legales, dentro de los que se encuentran el porcentaje mínimo de disminución de la capacidad laboral exigido.

En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, cuando con fundamento en el principio del mérito (art.125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por una persona calificada de padre o madre cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3º), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante y, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.^{11"}

- De la sentencia T-186 de 2013, el tema de, provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos y la protección especial de las personas en situación de discapacidad, madres cabeza de familia y prepensionados.

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

La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese escenario entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica. La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a

¹¹ Magistrado Ponente. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

favor de alguno de los derechos en conflicto. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, el cual no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante¹²"

Ahora bien, el H. Consejo de Estado no ha sido ajeno al particular, y en sentencia de reciente data, mediante el estudio de una demanda contra Fiscalía General de la Nación, por el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales por el tiempo en que estuvo la persona retirada del servicio por implementación de la carrera administrativa y tomando como base las consideraciones de la doctrina constitucional en la sentencia SU-446 de 2011, se llegó a las siguientes conclusiones, las mismas que por ser de gran importancia para el desarrollo del sub lite, se permitirá la Sala transcribir *in extenso*:

"En este caso, se señaló que los provisionales no podían alegar vulneración de derecho fundamental alguno al ser desvinculados de la entidad, toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que superó el concurso.

Lo anterior, por cuanto las personas nombradas en provisionalidad gozan de una relativa estabilidad, pues es evidente que los derechos de carrera se contraponen a éstos, prevaleciendo el mérito frente a cualquier otro tipo de vinculación.

Ahora bien, respecto de aquellos funcionarios nombrados en provisionalidad y retirados del servicio para dar paso a la carrera administrativa, que se encontraban en una condición especial de protección, la Corte Constitucional, si bien no concedió la tutela respecto de esos casos porque ellos "no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo", sí ordenó a la entidad demandada un trato preferencial como una medida de acción afirmativa, en los términos del artículo 13 de la Constitución Política, y de ser posible, procedieran nuevamente vincularlos en forma provisional en cargos vacantes.

De acuerdo con la postura de la Corte Constitucional, aquellas personas que cumplieran esa condición de especial protección no ostentaban ningún derecho a permanecer en el empleo, pues era claro que se debía dar prioridad al personal en carrera administrativa, sin embargo, los antecedentes jurisprudenciales referenciados en el acápite anterior, han determinado que dicha premisa no es tan restrictiva, cuando se trate de retiros del servicio de personal que desempeñaba cargos que no fueron convocados a concurso, y de personal en provisionalidad que gozaba de la condición especial señalada.

Lo anterior, nos lleva al segundo escenario el cual involucraría un proceso ante la Jurisdicción Contenciosa, en la cual se debatan los actos administrativos que culminaron con el retiro del servicio del actor, sin embargo, encuentra la Sala que dicho escenario no aconteció, teniendo en cuenta que no obra prueba alguna que demuestre que el señor Rubio Hernández acudió ante la jurisdicción contenciosa, pues lo que hizo el actor fue que con ocasión de la sentencia de tutela que ordenó su vinculación o nombramiento en provisionalidad, generar de la administración un nuevo pronunciamiento, pretendiendo el pago de los salarios y prestaciones sociales por el tiempo en que estuvo retirado del servicio.

¹² Magistrado Ponente. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Visto lo anterior, no encuentra la Sala el por qué tenga la entidad demandada que cancelar los salarios y prestaciones por el tiempo en que estuvo desvinculado del servicio, pues, se insiste, el demandante no cuestionó en su oportunidad el acto administrativo de retiro si no estaba de acuerdo con éste, ni mucho menos el proceso de selección que se llevó a cabo al interior de la Fiscalía General de la Nación.

Como puede apreciarse, el actor no puede ahora amparado en una decisión negativa de la administración, cuestionarla pretendiendo una pretensión de carácter económico, cuando la misma no tiene origen ni en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, ni en ningún proceso ante la jurisdicción contenciosa en la que se hubiera debatido la legalidad del acto de retiro, insiste la Sala, la Corte en su providencia dejó claramente establecido que los retirados del servicio que estaban nombrados en provisionalidad "no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo", sino que solo por su condición especial, se les debía proteger ordenando su vinculación en provisionalidad, siempre y cuando fuera posible.

Lo que hay que anotar, conforme a lo señalado en consideraciones precedentes, es que no puede el demandante pretender ahora obtener una decisión a favor, con ocasión de la orden de vinculación dada por la Corte Constitucional, sin haber agotado previamente la instancia correspondiente¹³.

3. DEL CASO CONCRETO.

Vertiendo los considerandos al caso concreto, y en atención al material probatorio que obra dentro del proceso, para la Sala, en el caso objeto de estudio la acción de tutela resulta en este momento, improcedente.

Para efectos de sustentar esta afirmación, se pone de presente que, en el subexamine se encuentra demostrado lo siguiente:

-De las pruebas allegadas al plenario, parte accionante:

- Copia de certificación salarial (folio 7).
- Copia de Registro civil de matrimonio (folio 8).
- Copia Registro civil de defunción (folio 9).
- Copia del Registro civil de nacimiento de María Camila Álvarez Samur (folio 10-11).
- Copia del Registro civil de Mariana y Catalina Vélez Álvarez. (folio 11-12).
- Copia de declaración extrajuicio (folio 13-14).
- Copia de declaración de renta (folio 15).
- Copia de las actas de posesión y nombramiento (folio 15 a 19).
- Copia de una constancia de escolaridad y matrícula de la menor María Carolina Álvarez Samur (folio 20 a 21).
- Copia de la Cedula de ciudadanía (folio 22).

¹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "Sentencia del dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016).C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

-De las pruebas aportadas por Daniel Eduardo Romero Vitola (vinculado).

- Copia de Registro Civil de matrimonio (folio 53).
- Copia de la prueba de laboratorio de embarazo-gravidez (folio 54).
- Copia de la certificación de prestación de servicios expedida por la Oficina de Recursos Humanos del Departamento de Sucre (folio 55).

Visto lo anterior, puede evidenciar la Sala, que efectivamente la tutelante, se desempeña en el cargo de Profesional Universitario Grado 11, nombrada en provisionalidad mediante Resolución 637, ejerciendo sus funciones en la Dirección Seccional de la Administración Judicial de Sincelejo (folio 7).

Es claro también, que el cargo de ocupa la accionante fue ofertado en el concurso de méritos para proveer cargos en el Consejo Seccional de la Judicatura, mediante el Acuerdo 067 de 2009.

Se pudo evidenciar también, que la lista de elegibles se encuentra conformada por los señores Daniel Romero Vitola y William Hernández Vergara, quienes fueron vinculados al presente trámite constitucional.

Por lo anterior, nos encontramos frente a un caso de conflicto por un cargo entre los derechos de una persona nombrada en provisionalidad que alega ser madre cabeza de familia, y por lo tanto sujeto de especial protección constitucional, y el de un individuo que hace parte de la lista de elegibles de un concurso de méritos para acceder a ese mismo puesto, derecho igualmente protegido por la Constitución Política y la ley.

En este orden de ideas, la Sala advierte que, tal como lo ha dejado sentado la misma doctrina constitucional, los empleados nombrados en provisionalidad no ostentan una estabilidad laboral igual que los funcionarios inscritos en carrera, pues aquellos pueden ser retirados legalmente cuando su puesto vaya a ser ocupado con un individuo de la lista de elegibles de concurso de méritos.

También ha dicho la H. Corte Constitucional, que aún en los eventos en que el cargo en provisionalidad esté ocupado por un sujeto de especial protección, como las madres cabeza de familia, su derecho debe ceder frente al de la persona perteneciente a la lista de elegibles, pero, por su especial condición, la

entidad respectiva debe prever medidas preferenciales como una acción afirmativa para procurar no vulnerar los derechos fundamentales de este grupo de personas¹⁴.

No obstante a lo anterior, también se ha expuesto, que no se puede dejar de lado el margen de maniobra que tenga la administración a la hora de proveer el cargo y al momento de ponderar los derechos constitucionales reclamados, pues, si bien es cierto y se ha dicho, que en casos donde se encuentra en juego los derechos del empleado en provisionalidad que posee una condición de especial protección, sea "madre o padre cabeza de familia, pre pensionado, discapacitado etc"., se deben adoptar acciones afirmativas, tales como en caso de retiro, ser el último en ejecutarle la medida, o la de reubicarlo en la planta del personal en un cargo de igual o mayor jerarquía, también se ha interpretado que, esto se hace, **siempre y cuando sea posible y se demuestren las condiciones aludidas, lo cual en el sub examine no aparece demostrado.**

Lo reconstruido, lleva a reiterar a esta Sala que el asunto en litigio desborda en primer lugar la naturaleza de la acción de tutela, pues lo pretendido puede ser controvertido mediante los medios ordinarios de defensa y como es bien sabido, la regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico de forma que los suplante o que se actúe como una instancia adicional para debatir lo que ya se ha discutido en sede ordinaria.

Primero, porque como se ha dicho en varios pronunciamientos, la acción de tutela no es procedente para atacar actos administrativos de contenido particular y concreto, a menos que se compruebe la ineficacia de otro mecanismo de defensa, situación que no concurre al proceso, como quiera que lo pretendido por la actora, es un litigio propio que debe ventilarse por las vías ordinarias a través de los medios de control o acciones destinadas por el legislativo para tal efecto.

En segundo lugar, no puede asumirse por vía de tutela, la reorganización de la estructura administrativa de una entidad, en tanto, la misma tiene regulación legal y evidente discrecionalidad del propio ente, bajo la consideración de

¹⁴ Tema analizado por el H. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil trece (2013).C.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ.

razonabilidad y proporcionalidad de la prestación del servicio, sometida a principios de interés general y de mérito como criterio fundamental para el ingreso, ascenso y retiro a la carrera administrativa, más que a necesidades absolutamente particulares, que como las estudiadas, se someten, necesariamente, a la consideración de la afectación de un derecho fundamental.

En ese sentido, no puede el juez de tutela, imponer un criterio de conveniencia, para suspender nombramientos, modificar o establecer la creación de cargos dentro de una planta de personal, dado que es una labor propia de la entidad, controlable, solamente, a través de los actos administrativos que al efecto se vayan emitiendo, como se indicó anteriormente.

En este orden, tal y como lo indica la jurisprudencia constitucional respecto a la procedencia de la acción de tutela para dirimir esta clase de asuntos, la tutela no es el mecanismo adecuado para solicitar la revocatoria, nulidad o suspensión de un acto administrativo, que dicho sea de paso, es lo pretendido por la parte accionante, pues, el acto administrativo controvertido por la actora, goza del principio de legalidad, el cual puede ser atacado por la vía contencioso administrativa.

Ello por cuanto, la acción de amparo persigue que el nominador se abstenga de desvincularla del cargo ocupado en provisionalidad, pese a la existencia de registro de elegibles para su cargo derivado del concurso de méritos adelantado para proveer los empleos de la Dirección Ejecutiva Seccional.

En consecuencia, la existencia de otra vía judicial ante la cual la actora puede controvertir la actuación de la entidad demandada, desplazan la acción de tutela como mecanismo judicial no idóneo.

En este punto, valga reiterar, que en virtud de la expedición de la Ley 1437 de 2011 *"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*, el accionante tiene la posibilidad de solicitar, bien sea, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier etapa del proceso declarativo de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, medio de control idóneo, y a su vez las medidas cautelares previstas en este precepto legal, por consiguiente sin lugar a dudas, los propósitos planteados por el demandante en el escrito de demanda es la vía del medio de control

mencionado (artículo 138 del C.P.A.C.A) y en caso de que lo considere pertinente, haga uso de los medios cautelares (artículo 229 *ibídem*)¹⁵.

Por último, debe precisar esta Sala que frente a la petición consistente en que se ordene la no publicación de la vacante del cargo profesional universitario grado 11 del grupo de apoyo legal y logístico de área de asistencia legal de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Sincelejo, operó la figura del daño consumado¹⁶, como quiera que, conforme la información recaudada en el curso del trámite de esta acción de tutela, se prueba que para el mismo fue publicada la lista de elegibles, optando para el cargo los señores DANIEL ROMERO VITOLA y WILLIAN HERNANDEZ VERGARA, situación que igualmente torna improcedente la acción de tutela, puesto que se ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la misma.

3.1. CONCLUSIÓN.

A manera de conclusión, atendiendo a la solicitud del accionante tendiente a considerar el amparo de la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, es claro para esta Colegiatura, que dentro del *sub examine*, no existe prueba alguna de la causación de dicho perjuicio que habilite la concesión de la tutela de manera subsidiaria y excepcional, caso contrario se encuentra demostrado que la demandante puede agotar las vías ordinarias para ventilar el conflicto, haciendo uso de los medios de control pertinentes y así mismo, puede hacer uso de las medidas cautelares previstas en el C.P.A.C.A que surgen como una medida eficaz e idónea para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad del mismo, razón por la cual el proceso contencioso administrativo está dotado de todas las garantías para efectivizar los derechos vulnerados .

¹⁵ La Sección Quinta del H. Consejo de Estado, relación con la acción de tutela en concurso de méritos ha señalado que: "(...) ésta Sala ha precisado que la tutela será procedente, en estos casos, solamente si no se ha configurado una lista definitiva de elegibles, dado que una vez la mencionada lista se encuentre en firme, se podría atentar contra los derechos subjetivos de sus integrantes, los cuales pueden tener situaciones jurídicas consolidadas, motivo por el cual ha considerado que no es pertinente la modificación y mucho menos la suspensión de la lista. (...)". En síntesis, esta Sala considera que la acción de tutela procede de forma excepcional contra actuaciones proferidas dentro de concursos públicos de méritos, siempre y cuando no se haya emitido lista de elegibles, caso contrario en el cual resulta improcedente el amparo, ante la existencia de situaciones consolidadas y derechos adquiridos por cada uno de los concursantes designados en cargos de carrera". Radicación No. 05001-23-31-000-2016-00891-01(AC). Sentencia del 16 de junio de 2016.

¹⁶ Artículo 6 numeral 4 del Decreto 2651 de 1991

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por GLORIA STELLA SAMUR SÁNCHEZ en contra del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE SINCELEJO-SALA ADMINISTRATIVA-CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE SUCRE, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito esta decisión al accionante GLORIA STELLA SAMUR SÁNCHEZ, a los entes accionados CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE SINCELEJO-SALA ADMINISTRATIVA-CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE SUCRE, a los vinculados señores, DANIEL ROMERO VITOLA, WILLIAM HERNÁNDEZ VERGARA, y al agente delegado del Ministerio público.

TERCERO: Si el presente fallo no es impugnando, **REMÍTASE** la presente actuación a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión. En firme el fallo **ORDÉNESE** el archivo definitivo, previa las anotaciones en el sistema información judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta de Sala Ordinaria No. 173.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA