



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, doce (12) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

ACCIÓN:	TUTELA
ACCIONANTE:	JOSEFINA ESTHER ZUÑIGA CONTRERAS
ACCIOADO:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
RADICADO:	70001-23-33-000-2018-00037-00
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 **JOSEFINA ESTHER ZUÑIGA CONTRERAS**, en contra de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, seguridad social, mínimo vital, expectativas legítimas, estabilidad laboral reforzada e igualdad material.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA SOLICITUD DE TUTELA

La señora **JOSEFINA ESTHER ZUÑIGA CONTRERAS**, 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, los cuales estima vulnerados por la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

En amparo de sus derechos, **PRETENDE** que se le amparen los derechos fundamentales invocados y como consecuencia, se le ordene a la Procuraduría General de la Nación, a que se le reubique en un cargo de igual jerarquía, en la ciudad de Sincelejo, a efectos de que no se vean amenazados sus derechos fundamentales y los de su señora madre, nieto menor de edad y sus hijas, por la eventual desvinculación del cargo.

Como **fundamentos fácticos** relevantes, en el memorial de tutela la accionante afirmó, que:

En la actualidad se desempeña al servicio de la Procuraduría General de la Nación, con funciones la ciudad de Sincelejo, en el cargo de Oficinista Grado 06 de Yopal, el cual hace parte de una "SIC, escalera en la que fue nombrada en provisionalidad, cargo que he venido ocupando desde el día 2 de octubre del año 2000, es decir, por espacio de 17 años.

Se encuentra afiliada en la condición de pre-pensionada, a COLPENSIONES.

El día 5 de junio de 2017, suscribió oficio dirigido al nominador de la entidad, doctor FERNANDO CARRILLO FLÓREZ, en su condición de Procurador General de la Nación, ante la desvinculación del cargo, que en ese entonces se le comunicó mediante oficio SG No 003311, suscrito por la doctora María Isabel Corpas, Secretaria general de la entidad, en el que manifestó que a la fecha, ya había cumplido 17 años al servicio de la entidad y contaba con 53 años de edad, por lo cual se le dificultaría acceder a un cargo o empleo de igual o superior categoría que le permitiera continuar cotizando para acceder a una pensión de jubilación y sostener su calidad de vida y la de mi familia.

En el mes de enero comenzó el disfrute de sus vacaciones por haberse causado el derecho; sin embargo, con extrañeza el día 21 de febrero de 2018, al percatarse que no recibió el desprendible de nómina correspondiente al mes de febrero y al indagar sobre el particular, le informan que fue desvinculada del cargo y que se le había comunicado mediante correo institucional, el oficio No 000027 del 10 de enero de 2018, -, suscrito por el Secretario General de la PGN, quien le comunica que *"...el Procurador General de la Nación, mediante Decreto 6414 del 15 de diciembre de 2017, en aplicación a la lista de elegibles contenida en la Resolución No 113 del 7 de abril de 2017 nombró al (a) señor (a) NESTOR ANDRÉS CIFUENTES GONZALEZ, en el cargo de Sustanciador Código \$SU, Grado 11, en la Procuraduría 12 Judicial II Familia de Yopal, el cual hace parte de una escalera en la que usted fue nombrado de manera temporal en provisionalidad, en el cargo de MARIA ANGELINA VARGAS UVA. En consecuencia, a partir de la posesión de dicha persona culmina su vinculación laboral con esta entidad..."*.

Es madre soltera y cabeza de hogar con 55 años de edad, tiene a su cargo y bajo su protección a sus hijas de nombre Lilibeth Mariela y Ana María Zúñiga, quienes

dependen económicamente de su trabajo; así como a su nieto menor de edad y su señora madre de más de 86 años de edad, situación que era conocida por la entidad, dado que así se lo manifestó mediante oficio de fecha 5 de junio de 2017, adjuntando la respectiva declaración juramentada, efectuada ante el Notario Segundo del Círculo Notarial de Sincelejo-Sucre.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Presentación de la tutela: 26 de febrero de 2018 (fol.18), se puso en conocimiento del despacho conductor el día 27 de febrero de 2018 (folio 19), se admitió mediante auto de fecha 27 de febrero de 2018 (folio 20), y se notificó a las partes en la misma fecha, por correo electrónico (folio 22 a 24).

Posteriormente, se ordenó vincular de oficio a los terceros interesados mediante auto de fecha 06 de marzo de 2018 (folio 33).

1.2.1. De la medida cautelar solicitada.

La parte actora solicitó como medida provisional, la suspensión del trámite de desvinculación del cargo que venía desempeñado como oficinista grado 06, adscrito a la Procuraduría Provincial de Yopal (Casanare) con funciones en la Procuraduría Provincial de Sincelejo y como consecuencia la reubicación provisional en el cargo, atendiendo a su situación de madre en edad avanzada y sostenimiento económico del hogar.

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 preferente y sumario, 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 LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (Fols. 26 a 28).

La accionada en su informe señaló que, la Procuraduría General de la Nación en cumplimiento a los pronunciamientos jurisprudenciales y Sentencias de Unificación

de las Altas Cortes, ha definido internamente políticas de reubicación de los funcionarios con condición estabilidad laboral reforzada reconocida por la entidad, a quienes se les haya comunicado la terminación del vínculo laboral.

Expuso que, a la accionante mediante Oficio SG 004899 del 21 de julio de 2017 se le hace manifiesto, el conocimiento que ella tenía de la situación administrativa en la que se encontraba el cargo que ocupaba en provisionalidad, pues desde el nombramiento se advierte que el cargo tiene como titular de carrera a MARIA ANGELICA VARGAS UVA; adicionalmente se advierte que en el cargo en el que se encontraba mediante la figura del encargo la señora Vargas Uva, se nombró en periodo de prueba a la señora ANDREA VICTORIA BOLAÑOS SARRIA, quien superó todas las etapas del concurso de méritos por lo que se termina la escalera de la cual la accionante hacía parte.

Se le informa que como puso en conocimiento su presunta condición de madre cabeza de familia con posterioridad a la expedición del acto administrativo de terminación del encargo no procedía el estudio de la situación planteada.

Indicó la PGN, que de los documentos que reposan en la hoja de vida de la señora Zúñiga Contreras se puede determinar que la hija LILIBETH MARIELA ZUÑIGA es una persona mayor de edad, pues en el formulario de la declaración juramentada de bienes y rentas y actividad económica suscrita por la accionante la señora Lilibeth Mariela se identifica con cédula de ciudadanía No. 64.703.627, sin que se encuentre probado que es una persona que no goza de todas sus facultades para valerse por sí misma, requisito fundamental para reconocer la calidad de madre cabeza de familia.

Por último afirmó que, la accionante tiene otros mecanismos ordinarios de defensa, que efectivamente, si la peticionaria no estuviere conforme con la decisión de retiro del servicio, por la provisión del empleo por lista de elegibles, es claro que allí podrá recurrir a la jurisdicción por las vías ordinarias, a efecto de enjuiciar la decisión que corresponda, además, que de frente a la realidad fáctica y jurídica concreta, se observa que en el asunto sometido a consideración no concurren los elementos que permitan deducir la existencia o amenaza de un, perjuicio irremediable, pues con la copia de la cédula de ciudadanía se prueba que, cuenta con 63 años de edad, por lo que no se encuentra cobijada por la protección de estabilidad laboral reforzada por prepensión.

En tal sentido, expuso que la demandante no acredita de manera fehaciente su condición de pre-pensionada, lo cual resulta fundamental de cara al trámite constitucional, justamente, uno de los aspectos materiales que surgen del tratamiento de la Corte Constitucional sobre la calidad de «pre-pensionado» es que le falten al trabajador tres (3) años o menos para completar los requisitos de la pensión.

Aunado a esto, sostiene la entidad, que de conformidad con los documentos aportados por la División de Gestión Humana, el nombramiento en periodo de prueba de ANDREA VICTORIA BOLAÑOS SARRIA, fue revocado por cuanto manifestó expresamente no aceptar la designación efectuada, por lo que la escalera de la cual hace parte la señora Zuñiga se encuentra en pie en la actualidad, luego entonces, el amparo constitucional invocado es improcedente, por no existir un perjuicio irremediable que haga urgente e imperativo el amparo constitucional solicitado.

1.3.2. De la vinculación oficiosa.

Los terceros vinculados al proceso, no intervinieron en el trámite constitucional.

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. PROBLEMA JURÍDICO.

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 Procuraduría General de la Nación, abierto por disposición de la Resolución 332 de 2015?*

2.3. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.

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 y los del individuo que hace parte de la lista de elegibles de un concurso de méritos.

I. 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 H. 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 imposterabilidad 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.”¹

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.”²

En igual sentido, manifiesta la H. 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 imposterabilidad 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.”³

¹ Corte constitucional. Sala tercera de revisión. Sentencia T-067 de 2011. Referencia: expediente T-2.808.968 M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Tomo III, p. 678 y ss.

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia 1048 de 2008.

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 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."*⁴

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.

II. 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

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-514 de 2009

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 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)⁵

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 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

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-037 de 2009.

ser grave y de ser impostergable; 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 ésta 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 conculcado"⁶ (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 impostergabilidad 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.

⁶ 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”.

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 irremediable⁷:

“(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.⁸” (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.

III. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES EN LOS CASOS EN QUE ENTRAN EN CONFLICTO, LOS DERECHOS DE UNA PERSONA NOMBRADA EN PROVISIONALIDAD Y LOS DEL INDIVIDUO QUE HACE PARTE DE LA LISTA DE ELEGIBLES DE UN CONCURSO DE MÉRITOS PARA ACCEDER A ESE MISMO PUESTO.

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.

⁷Consultar, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 1003 de 2003. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS

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 ofertados⁹

- De la sentencia T-462 de 2011, estudiando el caso del mérito en la provisión de los cargos del Estado, como criterio predominante¹⁰.

“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,

⁹ M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

¹⁰ Criterio reiterado en la Sentencia T 595 de 2016.

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 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 pre-pensionados.

“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.

¹¹ Magistrado Ponente. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica. La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. En contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, el cual no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del 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

¹² Magistrado Ponente. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

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.

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.

III. 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 aportadas al plenario, parte accionante¹⁴:

- Copia de la cédula de ciudadanía.
- Certificado laboral.
- Copia de la declaración Extra juicio de fecha 8 de julio de 1999.
- Certificado de supervivencia de su señora madre DIGNA ROSA CONTRERAS, a 31 de enero de 2006.
- Copia del oficio de fecha 5 de julio de 2017, dirigido al Procurador.
- Copia del oficio No 000027 del 10 de enero de 2018, suscrito por el Secretario General de la PGN.
- Copia del reporte de semanas cotizadas.

La PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN con la contestación a la demanda aportó:

- Copia del oficio SG004897, dirigido a la señora Josefina Esther Zuñiga Conteras, teniendo como asunto, el estudio de la solicitud de condición de “madre cabeza de familia” (folio 29-30).

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.

¹⁴ Folios 7 a 17 y 36 a 41.

Visto lo anterior, puede evidenciar la Sala, que efectivamente la tutelante, se desempeñó en el cargo de Oficinista Código 50F grado 6 perteneciente a la planta de la Procuraduría General, nombrada en provisionalidad, ejerciendo sus funciones en la ciudad de Sincelejo

Se pudo evidenciar también, que el cargo en el que desempeñaba la actora, pertenecía a carrera administrativa y en el cual es titular la señora MARÍA ANGELICA VARGAS UVA, quien a su vez, fue encargada en el puesto de Sustanciador Código 4SU Grado 11, en la Procuraduría 12 Judicial II de familia en Yopal-Casanare (folio 29).

No obstante, el cargo en la Procuraduría 12 Judicial II de familia en Yopal-Casanare, fue ofertado en el concurso de méritos, mediante Resolución 332 del 12 de agosto de 2015, superado por la señora ANDREA VICTORIA BOLAÑOS SARRIA, quien mediante Decreto 2962 del 15 de mayo de 2017, fue nombrada en periodo de prueba en dicho cargo (folio 29).

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 (JOSEFINA ESTHER ZUÑIGA CONTRERAS) y por lo tanto sujeto de especial protección constitucional, y el de un individuo que ostenta la calidad de empleado de carrera (cargo de carrera administrativa-Oficinista Código 50F grado 6-Titular MARÍA ANGELICA VARGAS UVA) y por otro lado, uno que hace parte de la lista de elegibles de un concurso de méritos (cargo, Sustanciador Código 4SU, grado 11, titular ANDREA VICTORIA BOLAÑOS SARRIA), derechos 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.

Igualmente, 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 personas¹⁵.

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 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 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

¹⁵ 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.

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 Procuraduría General de la Nación¹⁶.

Por último, debe precisar esta Sala que el estudio del sub examine, no se observa que la actora haya realizado manifestación alguna respecto de su condición de madre cabeza de familia antes de la expedición del acto administrativo que dio por terminado el encargo de la señora MARÍA ANGELICA VARGAS UVA, quien es titular del cargo en cuestión, en carrera administrativa.

Esta situación fáctica elimina la plena certeza sobre el conocimiento de la condición de madre cabeza de familia de la accionante por parte de la Procuraduría y, por consiguiente, impide que se configuren las circunstancias que llevarían a concluir que la desvinculación de la accionante se trató de una vulneración a un derecho fundamental. Recuerda la Sala que, acorde con la jurisprudencia constitucional, el fundamento constitucional de la protección debida

¹⁶ 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.

a las madres –y padres- cabeza de familia, no obsta para que se tenga una actitud diligente y oportuna en procura de la protección del derecho; por el contrario, por tratarse de situaciones de las que depende el mínimo vital de sujetos de especial protección, se espera que la persona que se considere titular de dicha garantía despliegue acciones eficaces en pos de obtener el reconocimiento de su situación.

Ahora bien, en lo relacionado con la supuesta vulneración al mínimo vital, es importante aclarar que, el concepto del mínimo vital de subsistencia¹⁷, debe ser evaluado desde el punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, siendo necesario realizar un análisis de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración encaminada más hacia lo cualitativo que lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, vestuario, salud, educación, vivienda y recreación como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana, el cual debe en todo caso, ser probado de manera siquiera sumaria, lo cual en el presente asunto no acaeció.

En suma, la Sala estima que en el presente asunto la actora cuenta con otro medio de defensa para controvertir los actos administrativos proferido por la entidad accionada, aunado a que, como se ha venido reiterando a lo largo de la providencia, el juez constitucional no está facultado para ordenar la suspender nombramientos, modificar o establecer cargos dentro de la planta de personal, por lo que se hace imposible acceder a las súplicas de la demanda, teniendo de por medio el carácter sumario y residual del mecanismo de amparo constitucional.

No obstante, el Tribunal no puede dejar de lado, la condición especial la actora, al estar cercana a adquirir su derecho a la pensión¹⁸, lo que hace pertinente para esta Colegiatura, instar a la Procuraduría General de la Nación, para que en pro del emprendimiento de acciones afirmativas¹⁹, estudie con detenimiento el caso

¹⁷ T-581 A/11

¹⁸ La señora Zúñiga Contreras, actualmente cuenta con 54 años de edad, y tiene más de 1.000 semanas de cotización (folios 7 y 37 y ss).

¹⁹ Las acciones afirmativas son medidas adoptadas con el objeto o tendientes a garantizar la igualdad real y efectiva a los grupos discriminados o marginados o en debilidad manifiesta. La H. Corte Constitucional en Sentencia C- 293 de 2010, señaló: "La acción afirmativa es un concepto acuñado por el sistema jurídico de los Estados Unidos durante la segunda mitad del siglo pasado con el propósito de promover medidas encaminadas a superar la discriminación y los prejuicios que, más de cien años después de la abolición de la esclavitud, existían aún en contra de la población negra, y comprende medidas de carácter legislativo, ejecutivo, e incluso decisiones judiciales. Poco tiempo después este concepto fue acogido en Europa, en donde tuvo gran desarrollo, especialmente frente a la situación de las mujeres, y su entonces incipiente incursión en varios espacios hasta poco antes reservados a los hombres, entre ellos el ámbito profesional y laboral y el de la participación política.

La doctrina y la jurisprudencia de esos países han reconocido varios tipos de acción afirmativa, destacándose entre ellas las acciones de promoción o facilitación, y las llamadas acciones de discriminación positiva, que si bien en algunos casos se confunden con el concepto mismo de acción afirmativa, son en realidad una especie de esta última. Las acciones de discriminación positiva tienen lugar en un contexto de distribución y provisión de bienes públicos escasos, tales como puestos de trabajo, cargos públicos de alto nivel, cupos educativos o incluso, selección de contratistas del Estado. En todos los casos la implementación de una acción afirmativa conlleva costos o cargas, que deben ser razonables, y que frecuentemente se diseminan y son asumidos por la sociedad como conjunto. Sin embargo, debe resaltarse que en el caso de las acciones de discriminación positiva, la carga puede recaer de manera exclusiva sobre personas determinadas"

particular de la actora, y se verifique si existen vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaba la demandante y sea nuevamente vinculada²⁰.

3. 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 JOSEFINA ESTHER ZUÑIGA CONTRERAS en contra de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Instar a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN para que realicen acciones afirmativas para la protección de la actora, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En tal sentido, verificar si existen vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaba la demandante a fin de que, **si es posible**, sea nuevamente vinculada.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito esta decisión a la accionante JOSEFINA ESTHER ZUÑIGA CONTRERAS, a los entes accionados, a los vinculados MARÍA ÁNGELICA VARGAS UVA, ANDREA VICTORIA

De igual forma, en sentencia SU – 388 de 2005, el Tribunal Constitucional, sobre su naturaleza y finalidad, manifestó: "Las acciones afirmativas nacen en el derecho norteamericano con la Ley Nacional de Relaciones Laborales de 1935, según la cual, si un empresario discriminaba a un sindicato o miembro de aquel, debía suspender su actuación y adoptar "acciones afirmativas" para ubicar a las víctimas en el lugar que estarían si no hubieran sido discriminadas. No obstante, el desarrollo posterior vendría dado para superar los históricos problemas de segregación racial en la sociedad norteamericana. Sus orígenes remotos también se encuentran en la Constitución de la República India (1950), que hizo referencia expresa a la posibilidad de reservar un porcentaje de puestos en la administración pública a miembros de la casta que había sufrido mayor discriminación histórica, como una forma de compensar su injusta exclusión. Y años más tarde fueron desarrolladas en Europa occidental especialmente con el proceso de integración europea, tanto en el nivel normativo como en las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, casi siempre con el objetivo de poner fin a la discriminación contra la mujer en el ámbito laboral.

Así pues, las acciones afirmativas surgieron históricamente con una doble finalidad: (i) para compensar a ciertos grupos discriminados a lo largo de la historia y (ii) para nivelar las condiciones de quienes, por haber sido discriminados, se vieron impedidos de disfrutar sus derechos en las mismas condiciones que los demás. Con el paso del tiempo se concibieron también (iii) para incrementar niveles de participación, especialmente en escenarios políticos. Sin embargo, en una concepción más amplia las acciones afirmativas son producto del Estado Social de Derecho y de la transición de la igualdad formal a la igualdad sustantiva o material, reconocida como componente esencial de aquel y plasmada expresamente en la mayoría de textos del constitucionalismo moderno como ocurre en el caso colombiano (artículo 13 de la Carta). Sobre su naturaleza, en la Sentencia C-371 de 2001 la Corte explicó lo siguiente: "Con esta expresión se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo sub representado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación."

Ahora bien, para el diseño e implementación concreta de las acciones afirmativas el primer llamado a intervenir es el Legislador, en tanto órgano de deliberación política y escenario democrático del más alto nivel y cuya actividad, más que importante, es imprescindible para poner en escena mecanismos que permitan alcanzar niveles mínimos de igualdad sustantiva, especialmente bajo la óptica de la igualdad de oportunidades"

²⁰ Sobre la improcedencia de la acción de tutela, para controvertir actos administrativos, y la posibilidad de emprender acciones afirmativas en pro de la protección de derechos fundamentales, se puede consultar, la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Expediente N° 70001-23-33-000-2016-00283-01. Demandante: Gloria Stella Samur Sánchez. Demandados: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa y Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

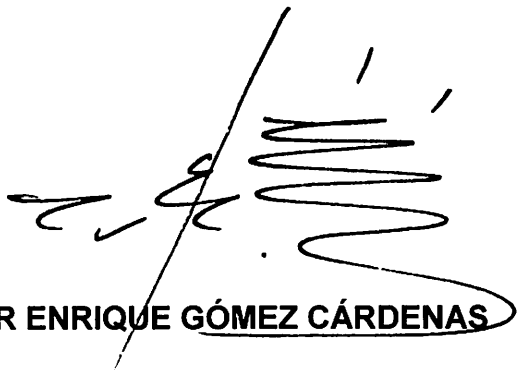
BOLAÑOS SARRIA y NÉSTOR ANDRÉS CIFUENTES GONZÁLEZ y al agente delegado del Ministerio público.

CUARTO: 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.

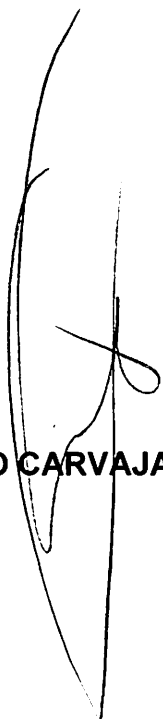
Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta de Sala Extraordinaria No. 035

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS



RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY



SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA