

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE DESVINCULACION - Reiteración jurisprudencial sobre precedente excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE DESVINCULACION - No procede el amparo ante actos administrativos expedidos en cumplimiento del sistema de carrera

En efecto, ante la existencia de sólo 2 vacantes para el cargo de Técnico Operativo, Código 314, Grado 01, una lista de elegibles para dichas vacantes y el hecho que en la Veeduría Distrital no existan equivalentes al antes mencionado, esta entidad debía terminar el nombramiento en provisionalidad de la peticionaria, para garantizar los derechos de carrera de la persona nombrada en su lugar, y por ende, para velar por el cumplimiento del sistema de carrera como regla general para el acceso, permanencia y ascenso a los cargos públicos, que constituye uno de los aspectos fundamentales del ordenamiento jurídico colombiano, como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencias como la C-588 del 27 de agosto de 2009.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el sistema de carrera, Corte Constitucional, sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009.

ACCION DE TUTELA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA - Improcedencia del reintegro por desvinculación laboral en virtud de concurso público e inexistencia de cargos vacantes o equivalentes

En este punto la Sala precisa que para otorgar un margen de protección especial a los funcionarios en provisionalidad cuyos nombramientos fueron terminados en virtud de la implementación del sistema de carrera, el operador jurídico debe verificar que fáctica y jurídicamente exista la posibilidad de acceder a lo pretendido, en la mayoría de los casos que se ordene el reintegro al cargo que desempeñaban o uno equivalente. (...) En el caso de autos al preguntársele a la Veeduría Distrital si existen cargos vacantes del empleo Técnico Operativo código 314, grado 01, respondió negativamente por cuanto los 2 existentes con dicha denominación son desempeñados por quienes superaron el proceso de selección, y además aclaró que tampoco existen cargos equivalentes al antes señalado (Fl. 211), es decir, el que ocupaba la accionante, motivo por el cual no es posible fáctica ni jurídicamente conceder la acción de tutela interpuesta.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de vinculación provisional de sujetos de especial protección, Corte Constitucional, sentencia SU-446 de 2011.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil doce (2012).

Radicación número: 25000-23-15-000-2011-02228-01(AC)

Actor: MELBA IZA REYES

Demandado: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante, en contra de la sentencia del 29 de septiembre de 2011, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, declaró improcedente la acción de tutela instaurada.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, Melba Iza Reyes, en nombre propio, acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de solicitar la protección de los derechos a la vida digna, trabajo, mínimo vital, debido proceso administrativo e igualdad, presuntamente vulnerados por la Veeduría Distrital de Bogotá y la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante Comisión o CNSC).

En amparo de los derechos invocados solicita que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia respectiva se ordene lo siguiente:

1. Dejar sin efectos la Resolución N° 0-104 del 24 de junio de 2011 de la Veeduría Distrital de Bogotá, por medio de la cual se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad como Técnico Operativo código 314, grado 01.
2. A la Veeduría Distrital de Bogotá, reintegrarla en el cargo que venía desempeñando, o en uno de igual o de superior categoría sin solución de continuidad, y con la cancelación de todos los salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social, desde la fecha de su retiro hasta que se haga efectivo el reintegro.
3. A la Veeduría Distrital de Bogotá, que continúe realizando en su favor los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud que le corresponde, con el fin de contar de forma ininterrumpida con el servicio médico.

Lo anterior lo fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (Fls. 62-74):

Manifiesta que tiene 53 años de edad, es madre cabeza de familia, tiene dos hijos de 15 y 25 años que se encuentran estudiando y dependen económicamente de ella, que su salario es su única fuente de ingresos, y que requiere de forma permanente el servicio de salud, pues padece de una enfermedad en la piel que puede desencadenar en un cáncer, de “queratosis actínica”, “queratosis seborreicas y nevus” en manos y cara, y su sistema inmunológico se encuentra seriamente afectado por varias enfermedades, entre ella el “síndrome de Sjögren”.

Indica que le prestó sus servicios a la Veeduría Distrital de Bogotá, durante 6 años y 9 meses, hasta que su nombramiento fue terminado mediante la Resolución N° 0-104 del 24 de junio de 2011, para nombrar en su lugar a una de las personas que hace parte de la lista de elegibles conformada por la CNSC a través de la Resolución 1850 del 16 de mayo de 2011.

Manifiesta que durante su permanencia en la Veeduría Distrital se ha destacado por el cumplimiento de las labores asignadas, que nunca se le inició algún proceso disciplinario en su contra, y que fue catalogada como la mejor funcionaria del mes de marzo de 2011 del Area Delegada para la Atención de Quejas y Reclamos.

Destaca que antes de que se terminara su nombramiento le manifestó a su empleador que era un sujeto de especial protección, por ser madre cabeza de familia, debido a su delicado estado de salud y por estar próxima a pensionarse.

Reprocha que se le haya desvinculado de la referida entidad sin tener en cuenta las anteriores circunstancias.

Afirma que se encuentra en una situación de perjuicio irremediable pues carece de una fuente de ingresos para procurar la congrua subsistencia de su núcleo familiar, y porque se ha visto obligada a cotizar al Sistema de Seguridad en Salud con el producto de la liquidación de sus prestaciones sociales, pues requiere de forma ininterrumpida el servicio médico.

Añade que no ha podido conseguir un trabajo debido a su edad y a las enfermedades que la aquejan.

Transcribe algunas consideraciones de sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo Estado sobre la protección especial a las madres cabeza de familia, el contenido del derecho al mínimo vital y la procedibilidad de la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable.

De las providencias que cita destaca la SU-446 de 2011 de la Corte Constitucional, en la que se le ordenó a la Fiscalía General de la Nación vincular de forma provisional en el evento de existir vacantes, a los servidores públicos que fueron retirados siendo madres o padres cabeza de familia, pre-pensionados y/o discapacitados. Lo anterior, con el fin de solicitar que se le apliquen los criterios tenidos en cuenta en dicha sentencia para conceder el amparo solicitado.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 29 de septiembre de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, declaró improcedente la acción de tutela instaurada, por las razones que a continuación se sintetizan (Fls. 142-148):

Luego de realizar algunas consideraciones sobre el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela y su procedencia excepcional para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, estima que en el caso de autos la acción constitucional no es procedente pues la accionante puede controvertir el acto administrativo que dio por terminado su nombramiento a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante la cual también puede solicitar su suspensión provisional.

Precisa que en el evento que la demandante no haya instaurado la acción antes señalada dentro del término legalmente establecido, no puede utilizar la acción de tutela para resolver debates que son propios de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

RAZONES DE LA IMPUGNACION

Mediante escritos del 11 de octubre y 1° de noviembre de 2011, la accionante impugnó la providencia antes descrita por las siguientes razones (Fls. 152, 162-167):

Indica que la resolución mediante la cual se terminó su nombramiento en provisionalidad le fue comunicada el 7 de julio de 2011, y que el 19 de octubre del mismo año radicó ante la Procuraduría General de la Nación la solicitud de conciliación extrajudicial, con el fin de cumplir el requisito de procedibilidad para controvertir el referido acto mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Añade que el Procurador Noveno Judicial Administrativo fijó la fecha de audiencia de conciliación para el 25 de noviembre de 2011.

Señala que aunque acudió la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en defensa de sus derechos, la acción de tutela constituye el único mecanismo judicial eficaz de protección en virtud de la situación en que se encuentra, en tanto no cuenta con una fuente de ingresos para satisfacer las necesidades básicas propias y de los miembros de su núcleo familiar.

Afirma que el *A quo* no realizó una valoración cuantitativa y cualitativa de su derecho al mínimo vital, y que si bien tenía conocimiento de que ocupaba un cargo en provisionalidad, también lo es que está en una situación de perjuicio irremediable, pues carece de una fuente de ingresos, es madre cabeza de familia, requiere de forma permanente el servicio médico que no puede sufragar por carecer de un empleo y porque ha visto afectada su salud mental por los hechos que motiva la presente acción.

Sostiene que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta que la Veeduría Distrital vulneró su derecho al debido proceso, pues al momento de notificársele el acto administrativo mediante el cual se terminó su nombramiento en provisionalidad, ninguna persona acudió para reemplazarla.

Agrega que el derecho antes señalado también se vulneró, porque al desvincularse se omitió dar cumplimiento al procedimiento previsto en la sentencia C-588 de 2009 de la Corte Constitucional.

Finalmente solicita que al resolverse la impugnación interpuesta se tengan en cuenta las siguientes sentencias, que se profirieron frente a casos similares al de autos:

“Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del día 29 de julio de 2010, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve,

expediente: 25000-23-15-000-2010-00469-01, accionante Moisés Grimaldo Arteaga.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del día 27 de mayo de 2010, Consejero Ponente: Dr. Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente: 25000-23-15-000-2010-00472-01, accionante Consuelo Del Pilar Meneses Arenas.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del día 5 de agosto de 2010, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, expediente: 18001-23-31-000-2010-00239-01, accionante Mario Enrique Afanador Armenta.

Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del día 28 de octubre de 2010, Consejero Ponente: Dr. Susana Buitrago Valencia, expediente: 25000-23-15-000-2010-02789-01, accionante Sandra Victoria Pinzón Garzón.”

TRAMITE PROCESAL

Con el fin de tener mayores elementos de juicio para resolver la impugnación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 16 de noviembre de 2011, se le solicitó a la entidad accionada que informara lo siguiente (Fls. 170-171):

“1. Cuántos cargos de Técnico Operativo código 314, grado 01, se encuentran vacantes, cuántos de esos cargos se reportaron a la Convocatoria 001 de 2005 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, y en caso de que algunos de ellos no hayan sido reportados, indique por qué razones no fueron incluidos en el proceso de selección.

2. Cuántos cargos de Técnico Operativo código 314, grado 01, provistos con posterioridad al 23 de septiembre de 2004 y en vacancia definitiva que no se encuentran o encontraban provistos, reportó a la Convocatoria 001 de 2005 de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

3. De los cargos de Técnico Operativo código 314, grado 01 a que hace referencia el anterior numeral, (I) indique en qué grupo y etapa de la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC) fueron ofertados dentro de la Convocatoria 001 de 2005 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, (II) cuántos de ellos cuentan con lista de elegibles, (III) y frente a cuáles no se ha conformado dicha lista, indicando la razón de dicha situación.”

Asimismo se ofició a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que informara cuántos cargos de Técnico Operativo código 314, grado 01 reportó la Veeduría Distrital de Bogotá a la Convocatoria 001 de 2005, e indicara respecto de cada uno de ellos (i) en qué grupo y etapa de la OPEC fueron ofertados, (ii) qué etapa del proceso de selección se está surtiendo en este momento frente a los mismos,

y (iii) si cuentan o no con lista de elegibles, identificando en caso afirmativo el acto mediante la cual se constituyó.

En respuesta a las anteriores solicitudes la Veeduría Distrital mediante oficio radicado el 29 de noviembre de 2011 (Fls. 178-179), informó que reportó a la CNSC 2 vacantes del cargo denominado Técnico Operativo código 314, grado 01, que fueron provistas mediante nombramiento en provisionalidad con posterioridad al 23 de septiembre de 2004, pero que en la actualidad son desempeñadas en período de prueba por las personas que hacen parte de la lista de elegibles que conformó la Comisión como producto del concurso de méritos que llevó a cabo.

Añade que las referidas vacantes fueron reportadas en el grupo 1, etapa 1 de la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC), y que respecto de las mismas se conformó la lista de elegibles correspondiente mediante la Resolución 1850 del 16 de mayo de 2011 de la CNSC.

Por su parte la Comisión manifestó que la Veeduría Distrital le reportó 2 vacantes del cargo denominado Técnico Operativo código 314, grado 01, que fueron ofertadas en el grupo 1, etapa 1 de la OPEC, y respecto de las cuales se conformó la lista de elegibles correspondiente mediante la Resolución 1850 del 16 de mayo de 2011, que cobró firmeza el 10 de junio del mismo año (Fls. 182-183, 187,191).

Al analizar el contenido de la respuesta emitida por la Veeduría Distrital se advirtió que solamente informó el número de cargos de Técnico Operativo código 314, grado 01 que fueron reportados a la Convocatoria 01 de 2005 de la CNSC, pero no (i) cuántos de ellos se encuentran vacantes, y en caso de que éstos existan y no hayan sido incluidos en el proceso de selección, (ii) que explicara las razones por la cuales no fueron reportados a éste, información que es necesaria para resolver la impugnación interpuesta; motivo por el cual a través de auto del 12 de diciembre de 2011 se requirió a la Veeduría Distrital para que suministrara aquella en la forma como le fue solicitada. Adicionalmente en la misma providencia se ofició a la entidad antes señalada para que aportara copia de la Resolución N° 104 del 24 de junio de 2011, por medio de la cual terminó el nombramiento en provisionalidad de la peticionaria, e indicara (i) si en su planta de personal existen cargos equivalentes al de Técnico Operativo código 314, grado 01, y en caso afirmativo (ii) cuáles, (iii) cuántos de ellos que se encuentran vacantes (incluidos los desempeñados por funcionarios en provisionalidad), y (iv) si respecto de éstos

últimos (los vacantes) la accionante cumple los requisitos exigidos para desempeñarlos (Fls. 202-204).

En respuesta a las anteriores peticiones la Veeduría Distrital mediante escrito radicado el 12 de enero de 2012 (Fls. 211-212), informó que no tiene vacante ninguno de los 2 cargos de Técnico Operativo código 314, grado 01, que ambos fueron incluidos en su momento a la Oferta Pública de Empleos y están siendo desempeñados por las personas que fueron nombradas en período de prueba, de acuerdo con la lista de elegibles conformada por la Comisión mediante la Resolución N° 1850 del 16 de mayo de 2011. Agregó que en su planta de personal no tiene cargos equivalentes al antes señalado, y aportó copia de la Resolución N° 104 del 24 de junio de 2011, por medio de la cual terminó el nombramiento en provisionalidad de la peticionaria.

De otro lado se estima necesario destacar que la accionante mediante escrito radicado el 7 de diciembre de 2011 (Fls. 198-201), afirmó que su estado de salud es grave pues lamentablemente el 30 de noviembre de 2011 le fue diagnosticado un *“tumor maligno de la piel y de otras partes y de las no especificadas de la cara, queratosis actínica y queratosis seborreica”*, por lo que debe ser sometida a una cirugía, quimioterapia o radioterapia. Reitera que es madre cabeza de familia y que por su estado de salud no ha podido conseguir una fuente permanente de ingresos para procurar el sostenimiento propio y de sus hijos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. De la procedibilidad de la acción de tutela frente a actos administrativo de desvinculación.

Para resolver el caso de autos, la Sala considera pertinente tener en cuenta las siguientes consideraciones de la Corte Constitucional sobre la procedibilidad de la acción de tutela frente a los actos administrativos de desvinculación, resaltado de las mismas el carácter excepcional de este medio de defensa en dicho asunto y la carga probatoria que tiene el accionante para que se conceda el amparo solicitado a fin de evitar un perjuicio irremediable.

“La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado, de manera reiterada, que cuando la pretensión de quien ha sido retirado del servicio es lograr su reintegro, tal solicitud debe tramitarse, en principio, **por el mecanismo**

establecido por el legislador para tal fin, es decir, a través de la acción contenciosa administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho. La posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio es excepcional, para lo cual es necesario establecer la existencia de un perjuicio irremediable y acudir de manera oportuna ante el juez de lo contencioso administrativo.¹

En efecto, la acción de tutela contra actos administrativos tiene un carácter excepcional, debido a la existencia de otros medios judiciales de defensa. La sentencia T-214 de 2004² se dijo al respecto:

“Aunque el derecho al debido proceso administrativo adquirió rango fundamental, ello no significa que la tutela sea el medio adecuado para controvertir este tipo de actuaciones. En principio, el ámbito propio para tramitar los reproches de los ciudadanos contra las actuaciones de la administración es la jurisdicción contenciosa administrativa quien está vinculada con el deber de guarda y promoción de las garantías fundamentales³. Es en este contexto donde demandados y demandantes pueden desplegar una amplia y exhaustiva controversia argumentativa y probatoria, teniendo a su disposición los diversos recursos que la normatividad nacional contempla. El recurso de amparo sólo será procedente, en consecuencia, cuando la vulneración de las etapas y garantías que informan los procedimientos administrativos haya sido de tal magnitud, que los derechos fundamentales de los asociados no cuenten con otro medio de defensa efectivo⁴. El recurso de amparo, como sucede en la hipótesis de protección de todos los derechos fundamentales, es subsidiario y residual, lo que implica que si la persona cuenta con un medio de defensa efectivo a su alcance o, habiendo contado con el mismo, de manera negligente lo ha dejado vencer, la tutela devendrá improcedente. En caso de existir otro medio de defensa,

¹ Ver entre otras las siguientes sentencias: SU-544 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, en esta sentencia se decidió el caso del Ex-Registrador Nacional Iván Duque Escobar quien alegaba que la designación de una nueva persona en su reemplazo era contrario a la Constitución. La Corte denegó el amparo pues existían otros medios de defensa judicial idóneos y existía un hecho consumado. T-343 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil, en esta sentencia se decidió una acción de tutela en la cual se estudiaba la posible violación de los derechos al debido proceso y defensa, por existir al parecer vía de hecho en un proceso policivo por restitución del espacio público promovido por la administración. La Corte Constitucional confirmó los fallos de instancia que negaron el amparo de los derechos fundamentales, por existir otro medio de defensa judicial (acción de nulidad y restablecimiento del derecho) y no evidenciarse perjuicio irremediable; T-951 de 2004, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, en esta sentencia se concedió la tutela de forma transitoria a empleada en provisionalidad del Departamento de Risaralda que fue desvinculada mediante un acto administrativo sin motivación; T-132 de 2005 MP: Manuel José Cepeda Espinosa, en esta sentencia se decidió el caso de ex empleada de Empresa Social del Estado que se encontraba desempeñando el cargo de auxiliar de enfermería en provisionalidad y fue desvinculada mediante acto administrativo no motivado. La Corte amparó su derecho al debido proceso y ordenó a la entidad motivar el acto de desvinculación, si no lo hiciera o no existiesen motivos ordena, en subsidio su reintegro.

² Sentencia T- 214 de 2004 MP: Eduardo Montealegre Lynett.

³ En la SU-544 de 2001 MP: Eduardo Montealegre Lynett, esta Corporación indicó: “La acción de tutela como mecanismo transitorio únicamente opera cuando se amenaza un derecho fundamental y el juez tiene la posibilidad de adoptar una medida temporal de protección, para evitar un perjuicio irremediable. En materia de debido proceso administrativo, salvo que se trate de una serie de hechos concatenados, resulta en extremo difícil sostener que una persona se enfrenta a un posible perjuicio irremediable en razón al peligro de que el derecho se viole. La Corte no descarta la posibilidad, sin embargo, para que proceda, resulta necesario que la administración no haya adoptado la decisión, pues en tal caso, se estará frente a una violación y no ante la puesta en peligro del derecho.”

⁴ Ver las sentencias T-045 de 1993 MP: Jaime Sanín Greiffenstein, T-480 de 1993 MP: José Gregorio Hernández, T-554 de 1993 MP: Hernando Herrera Vergara, T-142 de 1995 MP: Carlos Gaviria Díaz.

*procede la tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable*⁵

De igual forma, la sentencia T-514 de 2003⁶ indicó 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.”

(...)

Por otra parte, en la Sentencia SU-250 de 1998 la Corte afirmó que *“la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo”*.⁷ **Sólo sería procedente si se prueba la existencia de un perjuicio irremediable.**

En relación a la prueba del perjuicio irremediable, ha señalado esta Corporación que la existencia de otros medios de defensa judicial hace más exigente la carga probatoria del actor. La Sentencia T-257 de 2006 dijo:

*“La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, **hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto.** (...)*

En estos términos, en la Sentencia T-467 de 2006⁸ se estableció que en los casos de desvinculación laboral, **la pérdida del trabajo por sí mismo no puede considerarse como un perjuicio irremediable, sino que debe probarse que en el afectado recaen circunstancias especiales que posibilitan la interposición de la acción de amparo**, como su situación de padre cabeza de familia. En la providencia se dijo:

*“El análisis de los requisitos que determinana la existencia de un perjuicio irremediable **no puede versar exclusivamente sobre los perjuicios obvios que se derivan del problema de fondo. Así, en el caso el perjuicio irremediable no puede ser concebido como la pérdida del trabajo del***

⁵ Ver entre otras, las sentencias T-468 de 1992 MP: Simón Rodríguez Rodríguez y Jaime Sanín Greiffenstein , T-145 de 1993 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, T-225 de 1993 MP: Vladimiro Naranjo Mesa, SU-1193 de 2000 MP: Alfredo Beltrán Sierra, T-751 de 2001 MP: Clara Inés Vargas Hernández.

⁶ Sentencia T-514 de 2003 MP: Eduardo Montealegre Lynett.

⁷ Sentencia SU-250 de 1998 MP: Alejandro Martínez Caballero.

⁸ M.P. Manuel José Cepeda.

tutelante en sí mismo, situación que sucede en todos los casos donde una persona es desvinculada de su trabajo. Por lo tanto la procedencia de la acción de tutela comprende un análisis al margen de los asuntos de fondo.

En el caso no se encuentra un perjuicio diferente al normal de todos los casos que se derivan del retiro del servicio. Así, no se encuentra que el mínimo vital del tutelante se encuentre comprometido ni tampoco que exista una situación en que por ejemplo el tutelante sea un padre cabeza de familia que goce de una especial protección constitucional. El demandante, para sustentar la existencia de un perjuicio irremediable dice que no recibe un sueldo desde hace más de diez meses, que es padre de dos menores de cinco y quince años quienes dependen de él y que el trámite en la jurisdicción contencioso administrativa es demasiado demorado. Sin embargo, no se establece que el tutelante sea padre cabeza de familia sin alternativa económica y que la madre de los menores no esté presente o no pueda aportar al núcleo familiar. Por lo tanto, si no existe un efecto adverso adicional al que se deriva del retiro mismo del servicio no se reúnen las condiciones de urgencia que ha exigido la jurisprudencia para que de manera excepcional proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio⁹ (Subrayado fuera del texto).

II. Análisis del caso en concreto.

Del análisis de los hechos y argumentos expuestos por las partes y el juez de primera instancia, considera la Sala necesario realizar algunas precisiones sobre los siguientes aspectos, a fin de delimitar el problema jurídico a resolver en esta oportunidad:

1. La accionante afirma que es madre cabeza de familia y que padece varias enfermedades que afectan su estado de salud.

La accionante en cada uno de los memoriales que aportó al presente proceso afirmó que es madre cabeza de familia, y en respaldo de tal afirmación allegó una declaración extraproceso rendida el 17 de agosto de 2011 ante la Notaria 14 del Círculo de Bogotá (Fl. 5), y los registros civiles de sus hijos de 25 y 16 años de edad (Fl. 15-16), que se encuentran estudiando, como puede apreciarse en los certificados emitidos por la Universidad Católica de Colombia y el Gimnasio Antonio Nariño (Fls. 11-12).

Asimismo de los documentos visibles a folios 6, 200 y 201 se advierte que la peticionaria padece varias enfermedades de la piel que afectan significativamente su estado de salud.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-1060 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

2. La accionante ocupaba provisionalmente un cargo de carrera de Veeduría Distrital de Bogotá.

De conformidad con el informe rendido por la entidad antes señalada (Fls. 97-100) y el relato de los hechos del escrito de tutela, la accionante ocupaba en provisionalidad el cargo de carrera de Técnico Operativo, Código 314, Grado 01, motivo por el cual de acuerdo al criterio establecido por esta Corporación como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, la peticionaria no ostenta los derechos de los funcionarios de carrera que demostraron mediante un concurso de méritos que cumplen con los requisitos y condiciones establecidos por la Ley para ocupar el cargo por el cual concursaron.

Lo anterior con el fin de precisar que en esta oportunidad, no se discute que las personas que aprobaron el proceso de selección para los cargos de Técnico Operativo, Código 314, Grado 01, tienen el derecho a ocupar los mismos, y por ende, que la entidad nominadora debe proceder al nombramiento en período de prueba y propiedad correspondiente, lo que implica el retiro de los servidores que en provisionalidad ocupan los cargos que serán desempeñados por los funcionarios de carrera.

Dicho de otro modo, en principio la decisión de la entidad accionada de terminar el nombramiento en provisionalidad de la demandante con el fin de implementar el mencionado sistema de carrera no es reprochable, porque es claro que priman los derechos de las personas que demostraron mediante el trámite concursal tener las cualidades y aptitudes para desempeñar un cargo.

3. De acuerdo a la información solicitada durante esta instancia a la Veeduría Distrital de Bogotá (ver el acápite titulado "Trámite Procesal"), en la entidad existen 2 cargos de Técnico Operativo, Código 314, Grado 01, respecto de los cuales no existen empleos equivalentes y están siendo desempeñados por las personas que hacen parte de la lista de elegibles que conformó la Comisión mediante la Resolución N° 1850 del 16 de mayo de 2011, visible a folios 137 a 139 del expediente.

4. La señora Jazmín Andrea Cumbe Pastrana, que hace parte de la lista de

elegibles antes señalada, fue la persona nombrada en lugar de la accionante, como puede apreciarse en Resolución N° 104 del 24 de junio de 2011, por medio de la cual terminó el nombramiento en provisionalidad de la peticionaria.

5. La presunta procedibilidad de otro mecanismo judicial de defensa.

En el escrito de impugnación la accionante afirma que está adelantado ante la Procuraduría General de la Nación los trámites de conciliación extrajudicial para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en defensa de sus derechos, sin embargo insiste ante la situación de perjuicio irremediable en la que se encuentra por su estado salud, su condición madre cabeza de familia y el hecho que su salario constituye su única fuente de ingresos, que la acción de tutela constituye el único mecanismo judicial eficaz de protección, a diferencia de lo señalado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Teniendo en cuenta los aspectos antes descritos, estima la Sala que el problema jurídico en el caso de autos se contrae a establecer si la acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz de protección, para determinar si la Veeduría Distrital de Bogotá, al dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de la accionante a fin de implementar el sistema de carrera, vulneró o no los derechos fundamentales de la peticionaria.

De conformidad con las consideraciones expuestas en el numeral I de la parte motiva de esta providencia, sobre la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativo de desvinculación, sólo bajo la hipótesis de la existencia de un perjuicio irremediable y la vulneración flagrante de algún derecho fundamental, la respuesta al interrogante planteado sería afirmativa, porque la accionante en principio puede controvertir el acto que terminó su nombramiento y solicitar las medidas de reparación y protección pertinentes, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sobre el particular no se desconoce que la peticionaria se encuentra en una situación apremiante, dado su estado de salud, el hecho de carecer de un empleo y las obligaciones que tiene como madre cabeza de familia, sin embargo también advierte la Sala que las entidades accionadas, en especial la Veeduría Distrital, terminó el nombramiento en provisionalidad de la demandante para nombrar en su

lugar a una de las personas que mediante un proceso de selección acreditó reunir las mejores condiciones para ocupar el cargo que desempeñaba la accionante, sin que se advierta de las pruebas aportadas al proceso (y sin perjuicio de lo que estime el juez natural del asunto), que en dicho trámite se cometió alguna irregularidad que haga procedente el amparo solicitado.

En efecto, ante la existencia de sólo 2 vacantes para el cargo de Técnico Operativo, Código 314, Grado 01, una lista de elegibles para dichas vacantes y el hecho que en la Veeduría Distrital no existan equivalentes al antes mencionado, esta entidad debía terminar el nombramiento en provisionalidad de la peticionaria, para garantizar los derechos de carrera de la persona nombrada en su lugar, y por ende, para velar por el cumplimiento del sistema de carrera como regla general para el acceso, permanencia y ascenso a los cargos públicos, que constituye uno de los aspectos fundamentales del ordenamiento jurídico colombiano, como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencias como la C-588 del 27 de agosto de 2009.

Frente a la anterior sentencia, que la accionante cita para señalar que el acto que terminó su nombramiento no se encuentra motivado, la Sala considera sin perjuicio de lo que estime el juez competente, que la Resolución N° 104 del 24 de junio de 2011 de la Veeduría Distrital, visible a folios 213 a 215, sí expresa de forma clara que la razón por la cual se desvinculó a la peticionaria consiste en que debe nombrarse a la persona que de acuerdo al concurso de méritos llevado a cabo por la CNSC, adquirió el derecho a desempeñarse en el cargo por el cual concursó, razón por el cual no se advierte que dicha entidad haya desconocido el derecho al debido proceso de la accionante, en cuanto a la motivación del referido acto administrativo.

Ahora bien, frente a los anteriores argumentos la accionante en el escrito de impugnación invoca en su favor varias sentencias del Consejo de Estado, en las que se ordenó el reintegro de funcionarios en provisionalidad (la mayoría de ellos) madres cabeza de familia, prepensionados y/o con graves problemas de salud, que fueron retirados en virtud de la implementación del sistema de carrera, con el fin de que se le brinde el mismo tratamiento dada su condición de madre cabeza

de familia, las enfermedades que padece e incluso porque en su criterio es prepensionada¹⁰.

Sobre el particular se observa que en las sentencias que cita la accionante se concedió el amparo solicitado por funcionarios en provisionalidad con las características antes señaladas, pero frente a casos en los que se verificó que las entidades nominadoras terminaron sus nombramientos empleando de forma incorrecta las listas de elegibles, y/o porque se constató la existencia de cargos vacantes iguales o equivalentes a los que desempeñaban dichos funcionarios, en los cuales podía permitírseles continuar en la entidad dada la especialísima situación en que se encontraban, pero siempre sin perjuicio del derecho que le asiste a las personas que obtuvieron los primeros lugares en el proceso de selección, a ser nombradas en los cargos por los cuales concursaron.

En efecto, en los casos objeto de estudio en las sentencias del 5 de agosto¹¹ y 28 de octubre de 2010¹², proferidas respectivamente por la Secciones Segunda - Subsección A y Quinta del Consejo de Estado (que cita la peticionaria), uno de los principales argumentos consiste en que se desvinculó a los accionantes empleando de forma incorrecta la lista de elegibles, situación que no se presenta en esta oportunidad, por cuanto la peticionaria fue reemplazada por la persona que ocupó el segundo lugar en lista de elegibles correspondiente para proveer las 2 vacantes de Técnico Operativo código 314, grado 01 existentes en la entidad, una de las cuales desempeñaba la accionante.

La Sala reitera la importancia de tener en cuenta que los casos invocados por la demandante se presentaron en la Fiscalía General de la Nación, que en virtud de su significativa planta de personal, en su momento podía procurar que los últimos nombramientos en provisionalidad que debían terminarse en virtud de la implementación del sistema de carrera fueran los realizados a sujetos de especial protección, con el fin de otorgarles a éstos un mayor margen de estabilidad laboral, pero en todo caso, sin desconocer el derecho de las personas que

¹⁰ Se precisa que una de las sentencias que cita la demandante es la proferida el 5 de agosto de 2010 por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, C.P. Alfonso Vargas Rincón, expediente: 18001-23-31-000-2010-00239-01, en la que el accionante no era sujeto de especial protección ni había sido retirado del cargo que desempeñaba en provisionalidad, pero que sí podía ser desvinculado del mismo por la forma incorrecta en la que la Fiscalía General de la Nación estaba utilizando la lista de elegibles.

¹¹ Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, expediente: 18001-23-31-000-2010-00239-01, accionante Mario Enrique Afanador Armenta.

¹² Consejero Ponente: Dr. Susana Buitrago Valencia, expediente: 25000-23-15-000-2010-02789-01, accionante Sandra Victoria Pinzón Garzón.

obtuvieron los primeros lugares en el proceso de selección, a ser nombradas en los empleos por los cuales concursaron.

Por ejemplo, en la sentencia del 29 de julio de 2010, proferida por esta Subsección¹³, se consideró que el actor por la condición de discapacidad que padecía, podía reclamar un trato preferente frente a los demás funcionarios en provisionalidad cuyos nombramientos podían terminarse en virtud de la implementación del sistema de carrera de la entidad accionada, consistente en permitirle continuar en el cargo que desempeñaba en la ciudad de Bogotá hasta que respecto del mismo se agotara la lista de elegibles, con el fin de brindarle por mayor tiempo la oportunidad de tener una fuente permanente de ingresos, y prever cómo procurará su congrua subsistencia y la atención especializada en salud que requiere una vez se dé por terminado su nombramiento.

Es más, en el caso antes señalado fue posible ordenar el reintegro del actor porque aún existían 59 cargos vacantes de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales Especializados, es decir, cargos con la misma denominación al que desempeñaba.

En este punto la Sala precisa que para otorgar un margen de protección especial a los funcionarios en provisionalidad cuyos nombramientos fueron terminados en virtud de la implementación del sistema de carrera, el operador jurídico debe verificar que fáctica y jurídicamente exista la posibilidad de acceder a lo pretendido, en la mayoría de los casos que se ordene el reintegro al cargo que desempeñaban o uno equivalente.

Sobre el asunto antes señalado considera pertinente la Sala traer a colación la sentencia SU-446 de 2011 de la Corte Constitucional (que también invoca la peticionaria), en la que recientemente dicha Corporación ante un número significativo de acciones de tutela interpuestas (entre otros) por funcionarios en provisionalidad cuyos nombramientos fueron terminados en virtud de la implementación del sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación, sin que se tuviera en cuenta que eran padres y madres cabeza de familia, prepensionados y/o discapacitados, ordenó que éstos fueran vinculados en cargos iguales o equivalentes a los que desempeñaban, **siempre y cuando existieran en la**

¹³ Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, expediente: 25000-23-15-000-2010-00469-01, accionante Moisés Grimaldo Arteaga.

entidad las vacantes correspondientes. En efecto, en el numeral tercero de la sentencia antes señalada se dispuso:

“TERCERO.- ORDENASE a la Fiscalía General de la Nación **VINCULAR** en forma provisional, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, a todos aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007, siempre y cuando demuestren al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento, una de estas tres condiciones: **i)** ser madres o padres cabeza de familia; **ii)** ser personas próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección.” (Subrayado fuera de texto).”

En el caso de autos al preguntársele a la Veeduría Distrital si existen cargos vacantes del empleo Técnico Operativo código 314, grado 01¹⁴, respondió negativamente por cuanto los 2 existentes con dicha denominación son desempeñados por quienes superaron el proceso de selección, y además aclaró que tampoco existen cargos equivalentes al antes señalado (Fl. 211), es decir, el que ocupaba la accionante, motivo por el cual no es posible fáctica ni jurídicamente conceder la acción de tutela interpuesta.

Por lo tanto, sin perjuicio de lo que pueda determinarse en el proceso contencioso administrativo que la accionante desea promover, en el cual el juez natural del asunto revisará la legalidad del acto mediante el cual fue desvinculada, no se advierte que las entidades accionadas hayan vulnerado los derechos fundamentales invocados, razón por la cual se confirmará la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que declaró improcedente la acción de tutela instaurada, pero por las razones expuestas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

¹⁴ Mediante los autos del 16 de noviembre y 12 de diciembre de 2011 (Fls. 170-171, 202-204)

CONFIRMASE la sentencia del 29 de septiembre de 2011, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, declaró improcedente la acción de tutela instaurada, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Notifíquese en legal forma a las partes.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen.

COPIESE Y NOTIFIQUESE. Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ