

Consejo Seccional de la Judicatura de Santander

CORPORACIÓN

INICIO

- Calendario
- Concursos
- Información general

Rama Judicial > Consejos Seccionales > Consejo Seccional de la Judicatura de Santander > Inicio > Concursos > Convocatoria No. 2 de Empleados de Consejos y Direcciones Seccionales > Relación de Aspirantes

LISTAS DE ASPIRANTES POR SEDE

AÑO 2019

Sedes Publicadas en Marzo de 2019

LISTADO POR SEDE

Sedes Publicadas en Enero de 2019

LISTADO POR SEDE



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Mag. Ponente SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR

Bucaramanga,

COLOMBIA
 REPUBLICA DE COLOMBIA
 SANTANDER

SENTENCIA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
Expediente A.T. No. 680013333004-2016-00164-01

Accionante: MARÍA EUGENIA SILVA RODRIGUEZ, con cédula de ciudadanía No. 63.292.713.

Accionados: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - SALA ADMINISTRATIVA, CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE SANTANDER - SALA ADMINISTRATIVA y DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE BUCARAMANGA.

Tercera Interesada: MARTHA LILIANA ORDÚZ HERNÁNDEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 63.527.015.

Acción: TUTELA

Decide la Sala la IMPUGNACIÓN interpuesta por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga contra la sentencia proferida el nueve (09) de junio de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, y allegada al Despacho a cargo de la suscrita Magistrada el 20 de junio de 2016 (Fl. 237 vto.), previa la siguiente reseña:

I. ANTECEDENTES

A. La Demanda

(Fls. 1 a 8)

1. Pretensiones

(Fl. 7)

Pretende la p. actora el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, seguridad social, salud y vida digna, y en consecuencia, se ordene a las autoridades accionadas mantener vigente su vinculación laboral con la Rama Judicial en las condiciones actuales, hasta tanto se incluya en nómina de pensionados.

2. Hechos

(Fis. 1-3)

Como fundamento de sus pretensiones, refiere que desde hace más de 25 años ha estado vinculada a la Rama Judicial, desempeñando en provisionalidad distintos cargos adscritos a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga, siendo su cargo actual el de Técnico Grado 10. Afirma que actualmente cuenta con 54 años de edad y ha cotizado al sistema pensional 1.454 semanas, faltándole menos de 3 años para acceder a su pensión de jubilación, circunstancia que, según la ley y la jurisprudencia, la ubica en el denominado "reten social". Agrega que es madre cabeza de familia, con una hija de 15 años a cargo, y que el sustento de ambas depende exclusivamente del salario que percibe como empleada de la Rama Judicial. Adicionalmente, manifiesta haber padecido cáncer de tiroides en 1995, carcinoma papilar de tiroides en 2006 y cervicomedialastinal en 2015, patologías que fueron tratadas quirúrgicamente, continuando hoy en día con manejo farmacológico, según reporta su historia clínica; todo lo anterior, para destacar que es sujeto de especial protección constitucional.

De otro lado, indica que la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander, mediante Acuerdo 1739 de 2009, convocó a concurso de méritos para proveer, entre otros cargos, el de Técnico Grado 10 que actualmente ocupa en provisionalidad, proceso que se encuentra en su recta final, pues ya se conformó el respectivo registro de elegibles y se publicó en el portal web de la Rama Judicial el formulario de opción de sede, quedando pendiente únicamente la expedición de la lista de elegibles, lo que hace inminente su desvinculación, situación que de concretarse le causaría un perjuicio irremediable, toda vez que su salario, insiste, es la única fuente de ingresos con la que cuenta ella y su hija para subsistir, no gozando de oportunidades reales de conseguir otro trabajo dada su edad y estado de salud.

Finalmente, refiere que ante las plurales irregularidades que se han presentado en el concurso, interpuso recursos de reposición y apelación contra la Resolución No. 2789 de 2015 proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura -no indica cual es su contenido-, resolviéndose la reposición en forma negativa y rechazándose el recurso de apelación, por lo que formuló recurso de queja ante el Consejo Superior, el que aun esta pendiente de ser resuelto. También afirma

Tribunal Administrativo de Santander, M.P. Solange Blanco Villamizar, Sentencia de Segunda instancia que modifica la de primera que tutela los derechos fundamentales de la accionante, Exp. Rad. 680013333004-2016-00164-01, Actora: María Eugenia Silva Rodríguez vs. Consejo Superior de la Judicatura y otros.

haber presentado demanda de nulidad simple contra el Acuerdo 1739 de 2009 que convocó al concurso de méritos, y que habiendo agotado todos los medios judiciales de defensa con que contaba en sede ordinaria, el pasado 18 de abril de 2016 le informó al Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga su situación laboral, indicándole que por ser sujeto de especial protección constitucional, le asiste el derecho a pertenecer al retén social.

B. Informes de las Accionadas

- 1. La Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander (Fls. 191 a 192)** solicita se declare improcedente la acción, manifestando, en síntesis, que lo pretendido por la actora no es otra cosa que discutir los términos del concurso de méritos adelantado mediante el Acuerdo 1739 de 2009 e "incidir judicialmente" en las funciones que constitucional y legalmente corresponden al Director Ejecutivo Seccional, quien para el presente caso es la autoridad nominadora, *petitum* que ya se persigue a través de la demanda de nulidad simple que se interpuso ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la cual se encuentra en trámite, resultando improcedente esta vía constitucional, ante la existencia de un mecanismo judicial ordinario y al no evidenciarse un perjuicio irremediable que habilite la tutela como mecanismo transitorio.
- 2. La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga (Fls. 152-160)**, plantea la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, señalando que el concurso de méritos para la provisión del cargo ocupado por la aquí accionante es promovido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de Judicatura de Santander, sin que ésta le haya puesto en conocimiento determinación alguna en relación con la conformación de la lista de elegibles para la provisión del cargo en mención. Afirma que la Sala Administrativa Seccional, al ejecutar el referido concurso, ha actuado en ejercicio de las funciones que constitucional y legalmente le corresponden como entidad encargada de administrar la carrera judicial, no avizorándose daño o menoscabo material o moral a un bien jurídico que amerite el tratamiento especialísimo que se dispensa en sede constitucional.
- 3. El Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa - Unidad de Administración de Carrera Judicial (Fls. 194 a 198)** se opone a las pretensiones argumentando que: i) según jurisprudencia constitucional, el

nombramiento en provisionalidad, sin importar su duración, no origina derecho alguno en relación con la carrera judicial, i) según lo dispuesto en la Constitución y la Ley 270 de 1996, el puesto que hoy ocupa la actora es de carrera judicial y por tanto, debe proveerse por quien obtuvo el derecho a ocuparlo mediante concurso de méritos, pues prevalecen los derechos de este último frente a los del provisional, iii) el derecho a la seguridad social no puede convertirse en un obstáculo para dar cumplimiento a lo ordenado en la Constitución y en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia con respecto al régimen de carrera, iv) el retiro del provisional no obedece a razones personales, sino a la aplicación de las normas constitucionales y legales que regulan el sistema de ingreso y permanencia en la carrera judicial, y v) la accionante no está protegida por la legislación que regula el retén social de los prepensionados, como quiera que el retiro del servicio no obedece a la liquidación o reestructuración de la entidad para la cual labora, sino a la necesidad de incorporar un grupo de servidores que ganaron la plaza mediante el mérito.

4. **La Unidad de Desarrollo y análisis Estadístico de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura** (Fls. 240-243), rinde informe tardíamente, cuando el proceso ya se encontraba en esta instancia de impugnación, señalando no haber vulnerado derecho fundamental alguno, como quiera que una vez agotadas las etapas del concurso de méritos y conformado el registro de elegibles, el paso que se debe seguir es proceder a efectuar los nombramientos en los cargos ofertados, actuaciones que deben ser adelantadas por el respectivo nominador y que se encuentran amparadas en la Constitución Política y la reiterada jurisprudencia de la H. Corte Constitucional como guardiana de la misma. Con firmeza dice, el concurso de méritos fue introducido en la Constitución Política con el propósito de privilegiar el mérito de las personas que ingresan a los cargos del Estado mediante el sistema de carrera administrativa.

C. La Sentencia Impugnada

(Fls. 203 a 212)

Como ya se dijo, es la sentencia proferida el nueve (09) de junio de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, la que protege los derechos fundamentales de la actora al

trabajo, mínimo vital, vida digna, seguridad social, salud en conexidad con la vida y a obtener protección especial por ser prepensionada y madre cabeza de familia, y en consecuencia, ordena a la Dirección Ejecutiva Seccional de Bucaramanga i) mantener vigente su vinculación laboral en el cargo de Técnico Grado 10, hasta que se reconozca pensión de vejez a su favor y sea incluida en nómina de pensionados. li) en caso de no poder mantenerla en el referido cargo, reubicarla en un cargo de iguales o mejores condiciones a las que venía ocupando, hasta que se reconozca la pensión de vejez a su favor y sea incluida en nómina de pensionados, y iii) reportar al Consejo Seccional de la Judicatura de Santander - Sala Administrativa que el cargo Técnico DEAJ Grado 10, se encuentra ocupado por una pre pensionada y madre cabeza de familia, sujeto de protección especial.

Para esta decisión, la Primera Instancia consideró que el retiro de la actora para proveer en propiedad el cargo de Técnico DEAJ Grado 10 que actualmente ocupa en provisionalidad, comportaría para ella un perjuicio irremediable, pues, mientras logra acceder a su pensión, quedaría en total desamparo y sin opción alguna de acceder a otra actividad laboral para sufragar sus necesidades básicas, teniendo en cuenta su edad; además que, al ser desvinculada y no poder seguir pagando su seguridad social, quedaría en riesgo su vida puesto que no podría continuar con los tratamientos requeridos para su patología. Señala que si bien las personas que superaron el concurso de méritos gozan del derecho de acceder a los cargos vacantes, es importante que al realizar las designaciones en periodo de prueba se verifique la especial condición de algunos de los funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad, como es el caso de quienes están próximos a pensionarse y gozan de estabilidad reforzada, toda vez que su desvinculación los sometería a un perjuicio irremediable. Con base en lo anterior, concluyó que los derechos de la actora estaba en inminente amenaza de ser vulnerados por la entidad accionada, en caso de ser relevada del cargo que ocupa, con ocasión de los nombramientos en propiedad que están próximos a efectuarse.

D. La Impugnación
(Fls. 218-226)

La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga, solicita se revoque la sentencia de primera instancia,

arguyendo, en síntesis, que son prevalentes las normas del concurso y los derechos de quienes acceden a los cargos de carrera por la vía del mérito. En este sentido, explica que el concurso de méritos busca efectivizar los derechos constitucionales consagrados en los artículos 13, 40-7, 125, 150 y 152 de la Constitución Política, permitiendo a los ciudadanos participar y acceder a cargos públicos en igualdad de oportunidades, lo cual se traduce, según la jurisprudencia constitucional, en: (i) un mandato de tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a un cargo público, sin distingo alguno, por motivos de género, raza, condición social, creencias religiosas o militancia política; y (ii) la adopción de medidas positivas frente a grupos sociales que inveteradamente han sido discriminados en términos de acceso a cargos públicos, en especial de dirección. Pone de presente que la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander, mediante oficio CSJ-SA No 1078 del 8 de junio de 2016 -cuando ya estaba en curso la presente acción de tutela-, remitió la lista de elegibles conformada para proveer el cargo que actualmente ocupa la accionante, debiéndose proceder al nombramiento de la persona allí señalada, conforme al Acuerdo 2807 de 2016, sin que ello comporte vulneración del derecho al debido proceso o acceso a cargos públicos, pues, insiste, se ha garantizado que todos participen en condiciones de igualdad y se está cumpliendo con lo dispuesto en la Constitución y en la ley.

Recaba en que este mecanismo no es procedente para incidir judicialmente en la facultad de reglamentar y surtir el trámite del concurso de méritos que ha sido otorgada a los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura por mandato expreso de la Constitución Política, y en las funciones nominadoras que le han sido encomendadas a esa Dirección Ejecutiva, insistiendo en que este medio residual y subsidiario sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo, se requiere para evitar un perjuicio irremediable, supuesto que no se da en el presente caso.

Finalmente, plantea la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por no ser la encargada de reglamentar y administrar el sistema de carrera en la Rama Judicial.

E. Intervenciones en sede de impugnación.

Tribunal Administrativo de Santander, M.P. Solange Blanco Villamizar, Sentencia de Segunda instancia que modifica la de primera que tutela los derechos fundamentales de la accionante, Exp. Rad. 680013333004-2016-00164-01, Actora: María Eugenia Silva Rodríguez vs. Consejo Superior de la Judicatura y otros.

1. **La accionante**, a folios 235 a 236 y 267 a 268, solicita se confirme la decisión impugnada, reiterando sucintamente lo expuesto en el escrito de tutela en relación con su condición de sujeto de especial protección constitucional, debido a su edad, salud, condición de prepensionada y madre cabeza de hogar. Advierte que pese a conocerse la existencia de esta acción de tutela, la Sala Administrativa Seccional, abusando de su posición dominante, expidió la lista de elegibles para proveer el cargo que ocupa en provisionalidad, vulnerando con ello sus derechos fundamentales.
2. **La señora Martha Liliana Ordúz Hernández**, (folios 248 a 252), quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles para proveer el cargo de carrera de Técnico Grado 10, ocupado en provisionalidad por la aquí accionante, solicita la nulidad de lo actuado en primera instancia, dado que no fue vinculada al proceso como tercera interesada, negándosele la oportunidad de defender sus legítimos intereses. Considera que con la decisión impugnada se desconocen sus derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital congruo, igualdad, dignidad humana, trabajo, a la primacía de la realidad sobre las formalidades, confianza legítima, buena fe y protección especial por ser madre cabeza de familia.

II. CONSIDERACIONES

A. Acerca de la competencia

Esta Corporación es competente para decidir el recurso de apelación objeto de esta providencia, en virtud del art. 31 del Decreto 2591 de 1991. De otra parte, el recurso fue interpuesto oportunamente, tal y como acertadamente lo determinó el juez de instancia al conceder la impugnación y se desprende del folio 227 del expediente.

B. Cuestión previa. La solicitud de nulidad formulada por la Señora Martha Liliana Ordúz Hernández.

Alegando ser quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles para proveer el cargo de carrera de Técnico DEAJ Grado 10, solicita la nulidad de lo actuado en primera instancia, dado que no fue vinculada al proceso para ejercer la defensa de sus intereses.

Al respecto, vale la pena precisar que las nulidades procesales se rigen por el principio de taxatividad, de manera que sólo aquellos vicios o irregularidades expresamente señalados en la Constitución o en la ley dan lugar a la nulidad del proceso¹. De esta manera se evita "la proliferación de incidentes de nulidad, sin fundamento alguno, y se contribuye a la tramitación regular y a la celeridad de las actuaciones judiciales, lo cual realiza el postulado del debido proceso, sin dilaciones injustificadas"². En el presente caso, la señora Ordúz Hernández no indicó causal alguna de nulidad y en todo caso, tampoco se advierte la configuración de alguna de las enlistadas en el artículo 133 del Código General del Proceso. Las causales de falta de notificación del auto admisorio de la demanda a persona determinada (num. 8) y pretermisión íntegra de una instancia (num. 3) que pudieran estructurarse cuando en primera instancia se deja de vincular un sujeto que tiene interés directo en las resultas del proceso no operan en este caso, primero, porque al momento de admitirse la acción de tutela no se había expedido la lista de elegibles donde aquella aparece en primer lugar, y una vez expedida, fue aportada al proceso cuando ya se había proferido sentencia, luego en el curso de la primera instancia no existía persona determinada a la cual vincular y segundo, porque, en todo caso, de acuerdo con la tesis jurisprudencial que sirve de base para resolver este tipo de asuntos, los derechos de carrera de quienes participaron en concurso de méritos y ocuparon los primeros lugares no se ven afectados con las medidas de protección que pudieran adoptarse en el marco de este escenario constitucional para salvaguardar los derechos fundamentales de los servidores públicos vinculados en provisionalidad que se ven perjudicados con la provisión de cargos mediante el sistema de carrera, luego no existe razón para considerar que la vinculación de la Señora Martha Liliana Ordúz Hernández es absolutamente necesaria y que de no hacerse el proceso estaría viciado de nulidad.

Por las anteriores razones se negará la solicitud de nulidad formulada, sin embargo, como la incidentante afirma tener un interés legítimo en las resultas del proceso y plantea una serie de argumentos para apoyar la impugnación formulada por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-491 de 1995

² Corte Constitucional, sentencia C-491 de 1995, citada en la Sentencia T-125/10

Tribunal Administrativo de Santander, M.P. Solange Blanco Villamizar, Sentencia de Segunda instancia que modifica la de primera que tutela los derechos fundamentales de la accionante, Exp. Rad. 680013333004-2016-00164-01, Actora: Maria Eugenia Silva Rodriguez vs. Consejo Superior de la Judicatura y otros.

Bucaramanga, se aceptará su coadyuvancia, en los términos del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991.

C. Los Problemas Jurídicos y sus Tesis.

Con base en la reseña que antecede, la Sala los plantea y resuelve así:

1. ¿Se configuran las causales de procedencia de la presente acción de tutela, a efectos de proceder al estudio de fondo del asunto en comento?

Tesis: Si.

Fundamento Jurídico: Procedencia excepcional de la acción de tutela para estudiar la situación laboral de la actora, por existencia de un perjuicio irremediable y por encontrarse ésta en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiestas.

En virtud del carácter subsidiario y residual de la acción de tutela³, ésta, en principio, no es procedente para estudiar asuntos de índole laboral cuyo conocimiento está atribuido al Juez de lo Contencioso Administrativo. No obstante, procederá la acción cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable que haga impostergable la protección constitucional de los derechos fundamentales en vilo. Aquel perjuicio, además de afectar un derecho fundamental, deberá ser cierto, evidente, grave e inminente, al punto que se requiera la adopción de medidas urgentes para conjurarlo, las cuales no pueden dar espera al ejercicio de los mecanismos de protección ordinarios.

En el presente caso, la Señora María Eugenia Silva Rodríguez acude a esta vía constitucional con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, seguridad social, vida digna, mínimo vital, entre otros, y en consecuencia, se garantice su permanencia en el cargo de Técnico Grado 10 adscrito a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga, que actualmente ocupa en provisionalidad y que próximamente será provisto con la persona que superó el concurso de méritos, aduciendo la existencia de un perjuicio irremediable, como quiera que (i) se encuentra *ad portas* de acceder a su pensión de

³ Art. 6.1 del Decreto 2591 de 1991.

Tribunal Administrativo de Santander, M.P. Solange Blanco Villamizar, Sentencia de Segunda instancia que modifica la de primera que tutela los derechos fundamentales de la accionante, Exp. Rad. 680013333004-2016-00164-01, Actora: María Eugenia Silva Rodríguez vs. Consejo Superior de la Judicatura y otros.

jubilación, faltándole tan sólo 3 años para ello, (i) es madre cabeza de familia, con una hija de 15 años a cargo, constituyendo su salario la única fuente de ingresos para garantizar su mínimo vital y (iii) se encuentra en tratamiento farmacológico para prevenir la reaparición de diferentes tumores cancerígenos que sufrió en el pasado.

Las anteriores circunstancias, que se encuentran plenamente probadas, según se analizará en apartes precedentes, colocan a la accionante en una situación de debilidad manifiesta y de riesgo evidente, pues su desvinculación para proveer el cargo mediante el sistema de carrera, supondrá no solo la pérdida de la única fuente de ingresos con la que cuenta para garantizar su subsistencia y la de su menor hija, sino también, la desafiliación al sistema de salud, generándose una interrupción abrupta del tratamiento farmacológico que le es indispensable para evitar la reaparición de patologías cancerígenas.

En este orden de ideas y encontrándose igualmente probado que existe lista de elegibles vigente para proveer el cargo de Técnico DEAJ grado 10 de la Dirección Ejecutiva Seccional de Bucaramanga (folios 225 a 226), la desvinculación laboral de la actora comporta un amenaza cierta e inminente que habilita el escenario constitucional para estudiar la presunta amenaza de sus derechos fundamentales.

Pasa la Sala entonces a estudiar el asunto de fondo.

- 2. ¿La provisión del cargo de carrera que hoy desempeña la actora en provisionalidad, con la persona que ocupó el primer lugar en la respectiva lista de elegibles, constituye una amenaza de sus derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, seguridad social, salud y vida digna y desconoce la protección especial que la Carta dispensa a sujetos en condición de vulnerabilidad?**

Tesis: No

Fundamento Jurídico: La estabilidad laboral relativa y demás derechos de los empleados que ocupan cargos públicos en provisionalidad debe ceder frente a los principios axiales que gobiernan el acceso a los cargos públicos y al ejercicio de los derechos de carrera de quien se encuentra en la lista de elegibles para proveer el respectivo cargo.

Tribunal Administrativo de Santander, M.P. Solange Blanco Villamizar, Sentencia de Segunda instancia que modifica la de primera que tutela los derechos fundamentales de la accionante, Exp. Rad. 680013333004-2016-00164-01, Actora: Maria Eugenia Silva Rodriguez vs. Consejo Superior de la Judicatura y otros.

3. **¿Dada la condición de vulnerabilidad de la actora, las autoridades accionadas deben establecer medidas de diferenciación positiva a su favor, respecto de plazas ocupadas por otros empleados nombrados en provisionalidad?**

Tesis: Si.

Fundamento Jurídico. Arts. 13 y 46 de la Constitución Política. Sentencias T-498 de 2011 y T-186 de 2013. Trato preferente por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional.

D. Marco jurídico.

1. La preminencia constitucional del sistema de carrera como mecanismo para el acceso al empleo público

La Constitución Política impone como **principios cardinales** para el acceso a los empleos públicos: el sistema de carrera, el mérito y la igualdad (Arts. 13 y 125 Superiores). Estos han sido considerados por la doctrina constitucional como **elementos definitorios** del modelo constitucional adoptado en la Carta de 1991⁴, luego constituyen pilares deontológicos sobre los cuales está cimentado nuestro ordenamiento jurídico.

El sistema de carrera procura no sólo la materialización de derechos fundamentales relacionados con la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, el acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad y las garantías mínimas laborales consagradas en el artículo 53 Superior, sino también el cumplimiento de los fines del Estado, en la medida que, con la elección de las personas más idóneas, procura un "servicio eficaz sometido en todo momento a la búsqueda constante de la materialización de los intereses generales tal como preceptúa el artículo 209 del texto constitucional"⁵

Sobre la importancia constitucional de la carrera, la jurisprudencia ha señalado que ésta "no constituye un referente aislado, pues sus relaciones

⁴ Corte Constitucional, C-588 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y C-249 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵ RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván, "Derecho Administrativo Laboral", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pág. 154. Sobre los objetivos de la carrera, analícese la Sentencia C-034 de 2015.

Tribunal Administrativo de Santander, M.P. Solange Blanco Villamizar, Sentencia de Segunda instancia que modifica la de primera que tutela los derechos fundamentales de la accionante, Exp. Rad. 680013333004-2016-00164-01, Actora: María Eugenia Silva Rodríguez vs. Consejo Superior de la Judicatura y otros.

con distintos preceptos y postulados constitucionales se despliegan en tres órdenes, relativos al cumplimiento de los fines del Estado, a la vigencia de algunos derechos fundamentales y al respeto del principio de igualdad, de manera que la carrera (...) **constituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución y su ausencia trastoca relevantes contenidos de la Carta adoptada en 1991**⁶.

En este contexto, **la estabilidad laboral relativa de los servidores públicos que ocupan cargos en provisionalidad debe ceder, para dar paso a la realización de los derechos y garantías de la carrera administrativa de quienes conquistaron la plaza por la vía del mérito**⁷; de donde la necesidad de proveer un cargo público mediante el sistema de carrera constituye un principio de razón suficiente que habilita el retiro del empleado provisional, pues obedece a una causa objetiva, plenamente ajustada al ordenamiento constitucional⁸.

Cabe destacar que la figura de la provisionalidad se caracteriza por su **temporalidad o transitoriedad**, en la medida que **está destinada a desaparecer** una vez se proveen los cargos públicos en propiedad con las personas que han superado el concurso de méritos. Como lo señala la jurisprudencia, se trata de un vínculo esencialmente precario que **fenece de manera objetiva** cuando el nominador llena las vacantes transitorias con quienes han superado el concurso en estricto orden de méritos⁹. En este orden, al desaparecer la razón jurídica que da lugar a la estabilidad relativa que ostenta el provisional, todos los demás derechos y garantías laborales de los cuales gozaba, como son el trabajo, el salario, la afiliación a la seguridad social, etc., correrán igual suerte. Opera en este caso la regla general de Derecho según la cual nadie puede pretender el reconocimiento de un derecho subjetivo cuando no ha reunido los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para ser titular del mismo, por más vulnerable que pueda ser su situación. De allí que, por ejemplo, no pueda reconocérsele una pensión de invalidez a quien encontrándose en grave estado de discapacidad no reúne el cúmulo de cotizaciones que le exige la ley, ni pueda concederse un subsidio de vivienda a un grupo familiar vulnerable que

⁶ C- 514 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-245 de 2007

⁸ Corte Constitucional, SU-054 de 2015.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-119 de 2005.

Tribunal Administrativo de Santander, M.P. Solange Blanco Villamizar, Sentencia de Segunda instancia que modifica la de primera que tutela los derechos fundamentales de la accionante, Exp. Rad. 680013333004-2016-00164-01, Actora: María Eugenia Silva Rodríguez vs. Consejo Superior de la Judicatura y otros.

no cumple con los presupuestos legales fijados en la respectiva convocatoria y tampoco pueda brindarse una beca universitaria oficial al estudiante de escasos recursos económicos que no alcanza el promedio académico exigido para ello. **Es bajo esta lógica de justicia distributiva que no puede dispensarse al provisional igual o mejor estabilidad laboral que la merecida por quien accede al cargo público mediante el sistema de carrera**, pues, aunque su situación particular resulte calamitosa, no ha nacido derecho alguno a su favor que lo ancle al cargo público. Como lo ha señalado reiteradamente la Corte Constitucional, **“los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella,** ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba¹⁰, y en este orden, **la situación de vulnerabilidad que pueda presentar un empleado provisional no puede convertirse en título jurídico para reconocer derechos que sólo nacen con el sistema de carrera que prevé la Constitución y la Ley.**

2. Medidas de diferenciación positiva a favor de empleados nombrados en provisionalidad que presentan alguna situación de vulnerabilidad, como desarrollo del principio de igualdad material.

La **Igualdad**, como derecho fundamental y principio fundante del Estado Social de Derecho, está prevista en el artículo 13 superior desde sus dimensiones: igualdad formal, traducida en el derecho que tienen todas las personas a recibir una misma protección y trato de las autoridades y a gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (inc. 1º) e **igualdad material**, expresada en los **mandatos de protección especial y trato diferenciado a favor de los individuos vulnerables** y grupos tradicionalmente discriminados (inciso 2º del Art. 13 Superior). Estos mandatos, a su vez, se concretan en cuatro

¹⁰ Sentencia T-147 de 2013

Tribunal Administrativo de Santander, M.P. Solange Blanco Villamizar, Sentencia de Segunda instancia que modifica la de primera que tutela los derechos fundamentales de la accionante, Exp. Rad. 680013333004-2016-00164-01, Actora: María Eugenia Silva Rodríguez vs. Consejo Superior de la Judicatura y otros.

obligaciones específicas a cargo del Estado: (i) el deber de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, (ii) el deber de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, (iii) el deber proteger de manera especial a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y (iv) el deber de sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

La dimensión material del derecho a la igualdad se ve reflejada en la consagración de **acciones afirmativas o tratos diferenciados** a favor de individuos vulnerables y grupos históricamente marginados con el objeto de reducir la desigualdad en los planos social, económico y cultural¹¹. Como lo señala el Profesor RINCÓN CÓRDOBA, la igualdad real sólo es posible frente a individuos que se encuentran en una situación fáctica idéntica, "**por lo que aun cuando suene contradictorio sólo es posible la materialización de igualdad a través de la diferenciación**"¹².

Existen múltiples ejemplos de acciones afirmativas o tratos diferenciados a favor de individuos vulnerables y grupos tradicionalmente discriminados, sin embargo, para el análisis que nos compete, resulta de especial relevancia la **diferenciación positiva en los procesos de renovación administrativa**, pues la lógica que subyace a ésta servirá para la resolución del presente caso.

En términos generales, la diferenciación positiva busca superar a través de un trato diferenciado aquellas situaciones materiales de desigualdad, discriminación y vulnerabilidad que impiden la realización humana en términos de igualdad. Esta figura aplica en un amplio universo de posibilidades donde hay "**especial escasez de bienes deseados**" de manera que el beneficio que se concede a ciertas personas trae como consecuencia forzosa un perjuicio para otras¹³. Ha sido dispensada en los concursos de méritos para el ingreso al servicio público mediante la preferencia de elegibles discapacitados en caso de un empate¹⁴ y de manera

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-387 de 2012

¹² RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván, "Derecho Administrativo Laboral", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pág. 424

¹³ Sentencia C-371 de 2000

¹⁴ Art. 27 de la Ley 361 de 1997 y 52 de la Ley 909 de 2004

Tribunal Administrativo de Santander, M.P. Solange Blanco Villamizar, Sentencia de Segunda instancia que modifica la de primera que tutela los derechos fundamentales de la accionante, Exp. Rad. 680013333004-2016-00164-01, Actora: María Eugenia Silva Rodríguez vs. Consejo Superior de la Judicatura y otros.

especial, dentro de los procesos de renovación o reestructuración de las entidades estatales, en los que habrá de preferirse siempre la estabilidad de las personas que presentan alguna situación de vulnerabilidad, como madres y padres cabeza de familia, discapacitados o prepensionados. En estos procesos de renovación administrativa, si bien la Administración goza de un amplio grado de discrecionalidad para readecuar sus plantas de personal y para determinar cuáles empleados serán reubicados en los cargos que perviven, tal discrecionalidad se encuentra condicionada al cumplimiento de los mandatos establecidos en el **Art. 13 Superior** relacionados con la adopción de **medidas de diferenciación positiva** en favor de grupos discriminados y marginados y de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

Sobre el tema, la Doctrina¹⁵ ha señalado:

"La Administración en la actividad de ordenación de sus dependencias no debe guiarse sólo por el principio de eficacia, ella debe ser consiente de que mediante sus actuaciones se concreta el modelo de Estado social de derecho, razón de más para que **en materia de reestructuración se encuentre sujeta al principio de igualdad material**, el cual no sólo ofrece una dimensión de carácter subjetivo sino que además constituye un mandato objetivo de actuación que limita en todo momento el actuar de los poderes públicos. Se está frente a una disposición de aplicación inmediata que no precisa la intervención del legislador para exigir su aplicación. Así, **en el instante de decidir qué funcionarios se reincorporarán al servicio, la autoridad debe tener presente que la medida de desvinculación puede causar mayor lesividad en personas que pertenecen a sectores de la población con desventaja social y culturalmente reconocidas o que de acuerdo con diferencias biológicas requieren, en determinadas etapas de su vida, una protección reforzada...**"

Así, entonces, en virtud del principio de igualdad material, deben fijarse parámetros de diferenciación positiva que **limiten la expectativa de reincorporación de unos funcionarios públicos, para favorecer, dentro de aquellos que tienen igual derecho, a aquellos que por circunstancias personales, económicas o sociales merecen una mayor y especial protección**¹⁶.

Es importante aclarar que la diferenciación positiva aplica entre iguales y no puede oponerse a principios fundamentales del ordenamiento

¹⁵ Crf. 14, pág. 474 y s.s.
¹⁶ Cfr. Pag. 480

constitucional como son el mérito y la carrera administrativa, por las razones ampliamente esbozadas en apartes precedentes. De allí que, un empleado provisional en situación de vulnerabilidad, como es el caso de la aquí accionante, no pueda reclamar un mejor derecho frente a aquella persona que superó el concurso de méritos, pues, como lo refiere la doctrina, "la diferenciación positiva sólo puede permitirse cuando su aplicación no disminuya la eficacia con la que se deben ejercer las funciones de los cargos públicos; el criterio guía siempre debe ser la selección del más capacitado, dado que otro principio entra en escena: la objetividad en la provisión de los puestos de trabajo que se encuentran sometidos a un régimen de carrera..."¹⁷

La diferenciación positiva en los procesos de renovación de la Administración es conocida bajo la figura del "**reten social**" consagrada en el Art. 12 de la Ley 790 de 2002, prevista para asegurar de manera preferente la estabilidad laboral de aquellos servidores públicos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, hasta que la respectiva entidad desaparezca del mundo jurídico¹⁸. Sobre esta figura, la Corte Constitucional¹⁹ ha señalado que "aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, (...) **dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia, de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derecho**

¹⁷ Obr. Cit. Pág. 479. Esta precisión se hace respecto a empleados de carrera cuya estabilidad pueda encontrarse en disputa, pero aplica, con mayor razón, a la tensión que pueda generarse entre estos y los provisionales.

¹⁸ La norma da un alcance temporal al retén social, sin embargo, la Corte Constitucional ha determinado que dicha protección está llamada a producir efectos hasta la terminación definitiva de la entidad.

¹⁹ Sentencia C-795 de 2009

fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado...".

En estos términos, es claro que la implementación de este tipo de medidas de diferenciación positiva "responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores" y en tal medida, operan no solo en los procesos de renovación administrativa -retén social- sino en **cualquier otro evento en el que un movimiento de personal pueda llegar a conculcar los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección.** También es importante aclarar que tales medidas cobijan a cualquier tipo de servidor público que se encuentre en situación de vulnerabilidad, independientemente del tipo de vinculación que ostente²⁰, pues lo que se persigue con ello es **brindar una protección especial al individuo vulnerable y no salvaguardar derechos derivados de un determinado vínculo laboral.**

De todo lo anterior se desprende que la diferenciación positiva, no bajo la figura del "reten social", que como ya vimos aplica en los procesos de renovación administrativa, sino, en general, como desarrollo del principio constitucional de igualdad material, cobija la situación de los empleados públicos nombrados en provisionalidad que se encuentren en situación de vulnerabilidad y puedan verse afectados con un movimiento de personal, desde luego, se insiste, siempre que el trato diferenciado se dispense entre iguales y no se oponga al sistema de carrera.

Precedente vertical.

Por su pertinencia para la resolución del caso, se transcriben *in extenso* las disertaciones que sobre el tema hace la Corte Constitucional en **Sentencia T-498 de 2011**, en la que se analiza la situación laboral de una empleada pública nombrada en provisionalidad que fue desvinculada del servicio para proveer el cargo con la persona que superó el concurso público, cuya condición de salud y proximidad a pensionarse la hacían sujeto de especial protección constitucional. En esa oportunidad, la Corte señaló:

²⁰ Crf. 14, pág. 474 y s.s.

"La accionante (...) puso de presente que le faltaban 2 años de servicio para poder obtener su pensión de jubilación (...) considera que al no permitirsele continuar trabajando se están viendo vulnerados sus derechos, porque no podrá acceder a su pensión de jubilación y tiene a su cargo a su madre de 92 años de edad que tiene un delicado estado de salud.

(...)

"(...) la situación de la actora no está enmarcada en ninguno de los dos supuestos que ha aceptado este Tribunal para la protección de la estabilidad laboral reforzada en el marco del retén social, porque de acuerdo con los hechos demostrados durante el proceso, la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. entidad que fuese la empleadora de la aquí accionante, no se encuentra dentro del plan de renovación de la administración pública y tampoco está incurso en una liquidación forzosa.

"Antes bien, el contexto en el que se efectuó la desvinculación de la actora, fue la culminación de un concurso de méritos convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, para la carrera docente, en donde se estipuló que los participantes en el mismo deberían superar las diferentes pruebas a las que fuesen sometidos con un puntaje igual o superior a 60.

"Entonces, para la Sala es claro que en vista de que la accionante no superó el concurso de méritos que se estaba llevando a cabo para la carrera docente, se procedió a nombrar a una persona que sí culminó dicha prueba a cabalidad en su cargo y, en esta medida la señora Urrego Jiménez no cumplió con los estándares de mérito y calidad que se fijaron para pertenecer a la carrera docente y no podría esta Corte pasar por encima de los resultados de un concurso que evaluó no solo a la accionante, sino a todas las personas que en él se inscribieron".

"En suma, esta Sala considera que a la accionante no le asiste el derecho que reclama respecto de la aplicación del Decreto 3905 de 2009 y la Ley 790 de 2002, ya que por un lado no se podría predicar de ella la calidad de prepensionada, en tanto la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. no se encuentra dentro del plan de renovación de la administración pública, ni en el trámite de una liquidación forzosa y, segundo, porque la razón por la que la actora fue retirada de su cargo fue que estaba en un nombramiento en provisionalidad, frente al que sabía desde el principio que se podía dar por terminado si se nombraba a alguien en propiedad o en periodo de prueba, evento que efectivamente ocurrió en este caso..."

(...)

"No obstante lo anterior, esta Sala encuentra que la accionante está expuesta a una vulneración clara y evidente de su derecho al mínimo vital y a una vida en condiciones dignas, no sólo de ella sino también de su madre, quien es un sujeto de especial protección constitucional por tener 92 años de edad, y por encontrarse en un estado de incapacidad derivado de sus condiciones de salud, por cuanto se les estaría dejando sin la única fuente de ingresos que tenían para su sostenimiento, que consistía precisamente en el salario que devengaba la señora Urrego Jiménez como docente al servicio de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C.

"Ante dicha situación, esta Corte no puede pasar por alto el perjuicio al que se podría ver expuesta la accionante si no se toman medidas para evitar la vulneración de sus derechos y, tal como se verá a continuación existe una posibilidad constitucionalmente válida que remediaría en cierta

medida la situación de la actora, sin transgredir los principios y lineamientos jurisprudenciales que se explicaron en los apartes precedentes.

"Es así como, si bien la accionante no tiene la calidad de prepensionada a la que se ha hecho alusión, lo cierto es que **tanto ella como su madre son personas de especial protección constitucional por encontrarse en un estado de debilidad manifiesta, y en esta medida no se les puede dejar desamparadas ante el riesgo al que se considera se pueden ver expuestas.**

"Teniendo en cuenta que la señora Urrego Jiménez **se encuentra próxima a pensionarse, es deber de esta Tribunal protegerla**, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 13 constitucional así como los artículos 43 (protección a las mujeres) y 46 (protección a la tercera edad) de la Constitución Política.

(...)

"En conclusión, en este caso se presenta una clara afectación al mínimo vital de la accionante, quien como ya se ha visto es un sujeto de especial protección constitucional, y existe también una solución a la misma sin transgredir los principios rectores del sistema de concurso público para proveer los cargos de docentes oficiales, toda vez que no se han nombrado en propiedad la totalidad de puestos disponibles en la Secretaría de Educación, es decir que **todavía existen cargos provisionales en los que se puede nombrar a la accionante.**

"Por lo tanto, se ordenará a la entidad demandada, **que restituya en el cargo que desempeñaba la señora Florinda Urrego Jiménez, o uno similar, sin llegar a desmejorar su condición laboral, y mantenerla vinculada a su nómina, hasta tanto ocurra alguno de los dos eventos que se señalan a continuación: a) se provean en periodo de prueba o propiedad la totalidad de cargos disponibles en la Secretaría de Educación para docentes en el área que se desempeña la actora, o b) la accionante termine de cotizar las semanas que le hacen falta para obtener los requisitos de su derecho a la pensión de vejez, y reciba una respuesta de la entidad pensional correspondiente; en caso que su solicitud sea aceptada, deberá mantenerla vinculada hasta que la misma sea incluida en nómina de pensionados"**

Tesis similar se expuso en **Sentencia T-186 de 2013**, en la que se analizó, por un lado, la preminencia constitucional del mérito como mecanismo para el acceso al empleo público y por el otro, la protección especial que merecen los prepensionados, proponiéndose una solución jurídica similar a la fijada en la sentencia T-498 de 2011. Veamos:

"Aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad ante la tensión entre la estabilidad laboral reforzada de los *prepensionados* y la provisión del cargo público mediante mecanismos basados en el mérito

"Un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante

que supera dicho concurso. En ese escenario entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del *prepensionado*, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica.

La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a 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 aspirante.

14. En cuanto a lo primero, la Corte ha insistido que la interpretación mecánica y aislada de las normas de la carrera administrativa no es acertada, en cuanto puede llegar a afectar derechos constitucionales, que a su vez tienen la misma fundamentación superior que el mérito como mecanismo para el acceso a los empleos del Estado. Esa interpretación razonable implica, necesariamente, que la autoridad debe incluir entre su análisis de la regla legal de la carrera administrativa, todas aquellas variables relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales del aspirante y de quien ejerce el cargo en condición de provisionalidad. Esto con el fin de evitar que una maximización de alguno de estos derechos permita llegar a resultados manifiestamente injustos, entre ellos los que significan la grave afectación de las posiciones jurídicas que la Constitución garantiza a los sujetos de especial protección.

(...)

15. La interpretación razonable de las normas sobre carrera administrativa, de acuerdo con el precedente expuesto, se funda en la evaluación de las diversas alternativas de decisión en cada caso concreto, de modo que se llegue a aquella opción que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales, entre ellos los relacionados con la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección y los que se predicen del aspirante que supera satisfactoriamente el concurso público de méritos.

“En esta premisa se funda el segundo argumento que ha permitido a la Corte adelantar la ponderación entre derechos antes explicada. De tal modo, se ha considerado que la definición acerca del acceso del ganador del concurso de méritos al empleo público, que en todo caso es un derecho constitucionalmente prevalente, debe definirse de forma que consulte condiciones objetivas y no de manera aleatoria. Esto significa, en concreto, que en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada, particularmente porque se está ante la pluralidad de cargos, sin que todos ellos se hayan proveído por el concurso, la autoridad administrativa estará obligada a preferir una solución

Tribunal Administrativo de Santander, M.P. Solange Blanco Villamizar, Sentencia de Segunda instancia que modifica la de primera que tutela los derechos fundamentales de la accionante, Exp. Rad. 680013333004-2016-00164-01, Actora: María Eugenia Silva Rodríguez vs. Consejo Superior de la Judicatura y otros.

razonable, basada en la protección simultánea de los derechos constitucionales del aspirante y del prepensionado.

(...)

17. A partir de los precedentes expuestos, se tiene que la Corte ha concluido que (i) la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, **es una medida constitucionalmente adecuada, pues se sustenta en el carácter preminente de esa modalidad de provisión de cargos;** (ii) sin embargo, la medida no resulta necesaria cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse y, a su vez, **concorre un margen de maniobra para la Administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas proveídas mediante la lista de elegibles correspondiente;** y (iii) una decisión de ese carácter se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que se resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección.

También puede citarse como precedente horizontal la sentencia de tutela del 1º de marzo de 2013 proferida por esta Corporación²¹, en la que se ordena, como medida de diferenciación positiva, el reintegro de una empleada provisional, no en el cargo que venía desempeñando, pues prevalecía el mérito de quien había superado el concurso público, sino en alguno de los cargos ocupados por sus pares (provisionales), ello, atendiendo la especial protección constitucional que merecía la demandante en razón a su estado de salud, su edad y su proximidad a pensionarse. Esta decisión fue confirmada por la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado mediante Sentencia del 4 de julio de 2013²².

E. Análisis de las pruebas

Dentro del expediente se encuentra probado lo que sigue:

1. La situación laboral de la actora y la necesidad de proveer la plaza que ocupa en provisionalidad con la persona que superó el concurso de méritos.

1.1. La Señora María Eugenia Silva Rodríguez ha prestado sus servicios en la Rama Judicial desde el 15 de enero de 1991 y en la actualidad desempeña el cargo de Técnico DEAJ grado 10, en provisionalidad, según consta en la certificación expedida por el Área de Talento

²¹ Exp. 2013-00177-00, MP. Solange Blanco Villamizar

²² Sección Cuarta, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez

Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga visible al folio 11.

- 1.2. Mediante Acuerdo No 1739 del 10 de septiembre de 2009, la Sala Administrativa del Consejo Seccional de Santander convocó a concurso de méritos para proveer cargos de carrera, entre otros, el de Técnico DEAJ grado 10 que la actora ocupa en provisionalidad (folios 32 a 43).
- 1.3. Conforme a la Resolución 2204 del 12 de abril de 2011 expedida por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura, publicada en la página oficial de la Rama Judicial, la accionante participó en el referido concurso, postulándose a distintos cargos administrativos, **pero no superó las pruebas de aptitudes y conocimientos**, pues obtuvo valores inferiores a los 800 puntos exigidos en el Acuerdo 1739 de 2009, así: (i) asistente administrativo grado 7: 770.18 puntos, (ii) asistente administrativo grado 6: 765,61 puntos, (ii) asistente administrativo grado 5: (798,39 y (iv) auxiliar administrativo grado 3: 781,65.
- 1.4. Mediante Acuerdo No. 2807 del 7 de junio de 2016, se conformó la lista de elegibles para el cargo de Técnico DEAJ grado 10, la cual fue remitida al Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga, nominador de la aquí accionante, encontrándose pendiente la provisión del cargo con la única persona que aparece en la lista de elegibles, Martha Liliana Ordúz Hernández.

De acuerdo con la anterior reseña, es claro que el cargo ocupado por la Señora María Eugenia Silva Rodríguez es de carrera y, en consecuencia, por mandato constitucional y legal debe ser provisto con la persona que ocupó el primer puesto en la respectiva lista de elegibles, en este caso, con la Señora Martha Liliana Ordúz Hernández, cuyos derechos de carrera administrativa prevalecen. En estos términos, la estabilidad laboral relativa de la accionante, en su condición de empleada en provisionalidad, se extinguió -de manera objetiva- para dar paso a la realización de los principios constitucionales que informan la provisión de los cargos públicos, se repite, el sistema de carrera, el mérito y la igualdad, los cuales, en conjunto, conforman un eje definitorio del modelo

constitucional colombiano, cuya observancia resulta imperativa, si se quiere ser congruente con la idea del Estado Constitucional de Derecho.

En este orden, teniendo claro que los derechos del empleado nombrado en provisional no pueden equipararse a los de carrera, y que su vinculación por está destinada a extinguirse con la provisión el cargo mediante el sistema de carrera, la situación de vulnerabilidad que alega la actora (ser prepensionada, madre cabeza de hogar y requerir tratamiento médico permanente) **no puede servir de título jurídico para reconocer a su favor igual o mejor estabilidad laboral que la merecida por quien superó el concurso de méritos.**

2. La situación de vulnerabilidad de la actora y la necesidad de adoptar medidas de diferenciación positiva a su favor, frente a plazas ocupadas por empleados nombrados en provisionalidad.

- 2.1. La accionante cuenta con 54 años de edad (folio 12) y ha cotizado 1054 semanas al sistema de pensiones, según se constata en el certificado de historia laboral expedido por Porvenir, visible a los folios 13 a 18, de manera que le faltan menos de tres años para causar su derecho pensional, según lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, ostenta la condición de prepensionada.
- 2.2. De acuerdo con su historia clínica, visible a los folios 22 a 37, en el año 1995 sufrió cáncer de tiroides, en el año 2006 carcinoma papilar de tiroides y en el año 2015 carcinoma de la glándula tiroides, y aunque sus patologías han sido tratadas, actualmente presenta sospecha de enfermedad metastásica, por lo que se encuentra en tratamiento farmacológico.
- 2.3. Es madre de la menor Isabel Juliana García Silva, quien cuenta con 15 años de edad, según registro civil de nacimiento visible al folio 20, y además, manifiesta bajo juramento ser madre cabeza de familia, según declaración extrajudicial allegada al folio 19.
- 2.4. Afirma en la demanda que el salario percibido como empleada de la Rama Judicial, constituye la única fuente de ingresos con la que cuenta para garantizar su mínimo vital y el de su menor hija, afirmación que no fue objeto de controversia y que se presume

- teniendo en cuenta la prohibición legal impuesta a los empleados públicos de ejercer simultáneamente otro tipo de actividad laboral.
- 2.5. Dentro de la planta de personal adscrita al Consejo Seccional de la Judicatura de Santander y a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga **existen 73 cargos administrativos ocupados en provisionalidad**, según relación de cargos visible al folio 272, de los cuales no todos fueron ofertados mediante Acuerdo 1739 de 2009, observándose, por ejemplo, que el cargo de técnico DEAJ Grado 11 no fue ofertado, pese a existir en la referida planta.
 - 2.6. La actora cuenta con títulos de técnico profesional en análisis de sistemas otorgado por la Corporación Centro Superior de Sistemas – Centrosistemas (folio 227) y técnico de administración de empresas y mercado sistemático otorgado por el Instituto de Capacitación de Santander - Incades (folio 278) y cuenta con más de 25 años de experiencia (folio 11).
 - 2.7. Según certificación del Área de Talento Humano visible a folios 270 a 271, la actora ha desempeñado diferentes cargos administrativos de la Rama Judicial, entre otros, auxiliar administrativo DEAJ 05, asistente administrativo DEAJ 03, asistente administrativo DEAJ 06, asistente administrativo DEAJ 07, jefe de grupo DEAJ 09, técnico DEAJ 09, técnico DEAJ 10, profesional universitario DEAJ 11 y técnico DEAJ 10, de donde se infiere que cuenta con el perfil para desempeñar en provisionalidad cualquiera de estos cargos, así como todos aquellos para los cuales reúna requisitos.
 - 2.8. Como lo refieren en sus informes, las autoridades accionadas pretenden implementar el sistema de carrera a raja tabla, proveyendo el cargo ocupado por la actora con la persona que ocupó el primer puesto en la lista de elegibles, sin observarse la adopción medidas de diferenciación positiva a su favor, respecto de plazas actualmente ocupadas por empleados provisionales que no fueron ofertadas o que por otra razón, demoraran en ser provistas mediante el sistema de carrera.
 - 2.9. A folios 290 a 412, reposan escritos de empleados provisionales de la planta de personal de la Seccional Santander en los que informan a la

Dirección Ejecutiva o directamente a esta Corporación encontrarse en situación de vulnerabilidad, así: Martha Cecilia Díaz Marín (prepensionada), Sara Rebeca Rodríguez Fortunato (prepensionada), José David Ordúz Jaimes (prepensionado), María Carolina Martínez Velásquez (madre gestante), Claudia Marcela Caballero Huertas (madre cabeza de familia), Álvaro Durán Granados (padre cabeza de familia), Yuliey Xiomara Jaimes Hernández (madre cabeza de familia), José Ramón Delgado Gómez (padre cabeza de familia y afirma sufrir insuficiencia renal crónica, estadio 4), Adriana Vargas Delgado (soltera, quien tiene a cargo cuidado de sus padres de 81 años de edad, quienes no gozan de pensión ni ingreso alguno), Edna Clarena Palma Beltrán (viuda, con hijos y madre de 91 años dependientes), Nelson Gómez Hernández (con padres dependientes), Elud Villanueva Duarte (padre cabeza de familia con 2 hijas y sus padres dependientes), Julián David Henao Gómez (con padres dependientes), Olga Patricia Prada Barrera (madre cabeza de familia), Marco Antonio Jerez Pérez (padre cabeza de hogar), Lucy Maciel Rueda Márquez (con madre dependiente), Rusvel Mancera Joya (Madre cabeza de hogar), Zebelinda Torres Ortega (madre cabeza de familia), María Deisy Salcedo Vergel (afirma no contar con otros ingresos diferentes a su salario para vivir, sin personas dependientes), Esperanza Zabala Otero (madre cabeza de familia), Olga Lucía Reyes Rivera (con padres dependientes de 77 y 82 años), Jorge Enrique Barbosa (con pensión causada pero no incluido en nómina), Gladys Cristina Castillo Oviedo (madre cabeza de familia), Luz Mariela Rodríguez Uribe (prepensionada), Jorge Enrique López Tarazona (padre cabeza de familia), Cristian Ignacio Hernández Avendaño (dice contar con 48 años y no tener otra fuente de ingresos), Claudia Liliana Rodríguez Díaz (dice contar con 39 años y no tener otra fuente de ingresos), Marilu Monsalve Torres (madre de un menor de 9 años, con esposo no vinculado laboralmente), Arturo Ignacio Beltrán Pulido (dice contar con 54 años y no tener otra fuente de ingresos), José Vicente Poveda Carreño (padre cabeza de hogar y discapacidad), Martha Yaneth Lizarazo Ardila (dice contar con 38 años y no tener otra fuente

Tribunal Administrativo de Santander, M.P. Solange Blanco Villamizar, Sentencia de Segunda instancia que modifica la de primera que tutela los derechos fundamentales de la accionante, Exp. Rad. 680013333004-2016-00164-01, Actora: María Eugenia Silva Rodríguez vs. Consejo Superior de la Judicatura y otros.

de ingresos) y Oscar Mauricio Mejía Rodríguez (padre cabeza de familia).

De la reseña que antecede se tiene que la Señora María Eugenia Silva Rodríguez se encuentra en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta debido a que es madre cabeza de familia, se encuentra en tratamiento farmacológico permanente y está próxima a pensionarse, circunstancias que, analizadas a la luz de los Arts. 13 y 46 de la Constitución Política, la hacen sujeto de especial protección constitucional y merecedora de un trato preferente, frente a los demás empleados provisionales de los que no se predica dicha vulnerabilidad. En este orden, el Tribunal, amparado en los Arts. 13 y 46 superiores y acogiendo la tesis esbozada por la Corte Constitucional en las Sentencias T-498 de 2011 y T-186 de 2013, adicionará y modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de tutelar el derecho a la igualdad de la actora, y, en consecuencia, ordenará a las autoridades accionadas que, en el evento de proveerse el cargo de Técnico Grado 10 con la persona que ocupó el primer lugar en la respectiva lista de elegibles, dentro del término de veinticuatro (24) horas siguientes a la provisión, reubiquen a la Señora María Eugenia Silva Rodríguez en una de las plazas que no sean provistas de manera inmediata mediante el sistema de carrera y continúen ocupadas bajo la figura de la provisionalidad, siempre que con ello no se afecten los derechos de otro provisional que se encuentre en igual o peor situación de vulnerabilidad que la reflejada por aquella. En todo caso, deberán adoptar cualquier otra medida de diferenciación positiva que favorezca su estabilidad laboral frente a la de los restantes provisionales no vulnerables. Las condiciones de vulnerabilidad de los restantes provisionales deberán analizarse a la luz de la jurisprudencia constitucional, pues se observa que algunas de las personas que alegaron tal condición no la ostentan realmente.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

Tribunal Administrativo de Santander, M.P. Solange Blanco Villamizar, Sentencia de Segunda instancia que modifica la de primera que tutela los derechos fundamentales de la accionante, Exp. Rad. 680013333004-2016-00164-01, Actora: María Eugenia Silva Rodríguez vs. Consejo Superior de la Judicatura y otros.

- Primero.** **NEGAR** la solicitud de nulidad procesal formulada por la Señora Martha Liliana Ordúz Hernández y **ADMITIR** su coadyuvancia en favor de la p. accionada.
- Segundo.** **ADICIONAR** la sentencia del nueve (9) de junio de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Bucaramanga, en el sentido de **TUTELAR** el derecho a la igualdad de la Señora María Eugenia Silva Rodríguez.
- Tercero.** **MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia impugnada, el cual quedará así: **"ORDENAR al CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE SANTANDER - SALA ADMINISTRATIVA y a la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE BUCARAMANGA**, que, en el evento de proveerse el cargo de Técnico DEAJ Grado 10, actualmente ocupado en provisionalidad por la Señora María Eugenia Silva Rodríguez, con la persona que ocupó el primer lugar en la respectiva lista de elegibles, dentro del término de veinticuatro (24) horas siguientes a dicha provisión, reubiquen a la mencionada señora en una de las plazas que no vayan a ser provistas de manera inmediata mediante el sistema de carrera y que por tanto, continúen ocupadas bajo la figura de la provisionalidad, siempre que con ello no se afecten los derechos de otro provisional que se encuentre en igual o peor situación de vulnerabilidad que el reflejado por aquella. En todo caso, deberán adoptar cualquier otra medida de diferenciación positiva que favorezca su estabilidad laboral frente a la de los restantes provisionales no vulnerables. **Parágrafo.** La orden aquí impartida no podrá aducirse para dilatar el nombramiento del cargo de Técnico Grado 10 con la persona que ocupó el primer lugar en la respectiva lista de elegibles, cuyos derechos laborales prevalecen frente a los de la actora.
- Tercero.** **SE NIEGAN** las demás pretensiones.
- Cuarto.** **NOTIFICAR** el presente fallo por el medio más expedito o en la forma señalada en el Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tribunal Administrativo de Santander, M.P. Solange Blanco Villamizar, Sentencia de Segunda instancia que modifica la de primera que tutela los derechos fundamentales de la accionante, Exp. Rad. 680013333004-2016-00164-01, Actora: María Eugenia Silva Rodríguez vs. Consejo Superior de la Judicatura y otros.

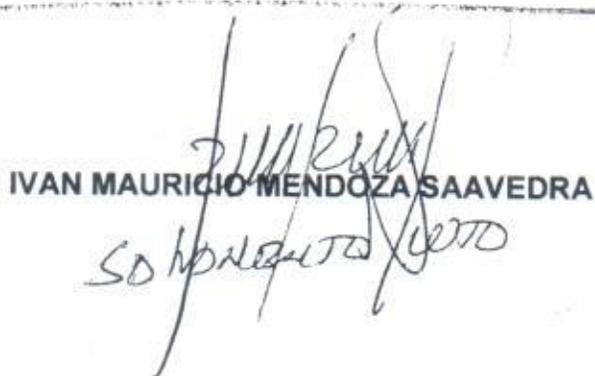
Quinto. ENVIAR el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, previas las constancias en el sistema justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. Aprobado en Sala. Acta No. 39 /2016.

Los Magistrados,


SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR


RAFAEL GUTIÉRREZ SOLANO


IVAN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA

Recibido
22 Agosto 2016
Vio canal electronico
Hora 4:30pm
Ximara



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA

Bucaramanga, diecinueve (19) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

FALLO DE TUTELA

Rad. No. 680013333004-2016-00235-00

ACCIONANTE:	MARTHA CECILIA DIAZ MARIN
ACCIONADO:	DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE BUCARAMANGA y SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE SANTANDER

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela instaurada por la señora MARTHA CECILIA DIAZ MARIN en nombre propio, en contra de la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE BUCARAMANGA y la SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE SANTANDER.

I. ANTECEDENTES:

1. LA DEMANDA

La señora MARTHA CECILIA DIAZ MARIN en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra de la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE BUCARAMANGA y la SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE SANTANDER, con el fin de solicitar el amparo constitucional de los derechos al trabajo, mínimo vital, vida digna, seguridad social y al cumplimiento del deber de protección especial por parte del estado por ser pre pensionada, con fundamento en los siguientes

2. HECHOS

Aduce la actora que desde el 5 de agosto de 2014, se encuentra vinculada a la Rama Judicial como empleada en provisionalidad en el cargo de Coordinador del grupo de Servicios Administrativos y Almacén Profesional Universitario grado 11 adscrito a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga.

Arguye, que a la fecha de la presente acción cuenta con 54 años y cinco meses de edad, y 1716 semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, conforme consta en el certificado de semanas cotizadas expedido por el Fondo de Pensiones COLPENSIONES, al cual se encuentra afiliada

Señala, que de conformidad con lo establecido en la ley y en la jurisprudencia se encuentra en el denominado "reten social", en razón a que está próxima a acceder a su pensión de jubilación, es decir, a menos de tres años para acceder a ella.

Aunado a esto, manifiesta que es madre de un menor y no cuenta con otros ingresos además del salario percibido como contraprestación por el servicio que presta en la Rama Judicial, para su subsistencia y aportar al sostenimiento de su menor hijo y el de su hogar. Igualmente, que debido a su edad, no está en condiciones de conseguir un nuevo trabajo para sostenerse

Explica, que la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander está adelantando el concurso público de mérito para proveer los cargos de la Dirección Ejecutiva Seccional y el Consejo Superior de la Judicatura de Santander, el cual corresponde a la convocatoria del nivel seccional No. 2 y al Acuerdo No. 1739 de 10 de septiembre de 2009, "Por medio del cual se convoca a concurso de méritos destinado a la conformación del Registro Seccional de Elegibles para los cargos de empleados de carrera del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander y Dirección Seccional de Administración Judicial de los distritos judiciales de Bucaramanga" y (sic) San Gil".

Manifiesta, que en la actualidad el concurso citado se encuentra en la recta final y está a punto de expedirse la lista de elegibles destinada a proveer el cargo que ocupa en este momento en provisionalidad. Para lo anterior, aporta copia del Acuerdo 1739 de 2009 y la Resolución No. 3070 de fecha 25 de julio de 2016, "por medio de la cual se publica la conformación del Registro Seccional de Elegibles para proveer el cargo del Grupo No. 5, Profesional Universitario (Área Administrativa-Almacén) - Grado 11, de carrera del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander y Dirección Seccional de Administración Judicial de los Distritos Judiciales de Bucaramanga y San Gil".

Menciona, que dicha resolución fue publicada mediante fijación en "la cartelera de la Secretaría de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander (...) por el término de CINCO (05) DÍAS HÁBILES, contados a partir del 5 de agosto de 2016", señalando que se encuentra en firme

Refiere que ante las irregularidades que se han presentado en la ejecución del concurso, el 12 de noviembre de 2015 radicó demanda de simple nulidad con solicitud de suspensión provisional, contra el Acuerdo 1739 del 10 de septiembre de 2009 "Por medio

del cual se convoca a concurso de méritos destinado a la conformación del Registro Seccional de Elegibles para los cargos de empleados de carrera del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander y Dirección Seccional de Administración Judicial de los distritos judiciales de Bucaramanga y San Gil", solicitud de suspensión que fue denegada por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante auto del 6 de mayo de 2016.

Comenta que consecuencia de lo anterior, el 16 de mayo de 2016 le informó al Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga, Dr. JORGE EDUARDO VESGA CARREÑO su situación laboral, y su condición de sujeto de especial protección con ocasión al retén pensional que la ampara.

Indica que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander están a punto de terminar el Concurso de Mérito convocado, respecto de 68 de los 70 cargos adscritos a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Santander, conforme los soportes que adjunta.

Finalmente, manifiesta que no cuenta con otro recurso para buscar la protección de sus derechos fundamentales, que ha agotado todos los medios que están a su alcance antes de proceder por vía de éste mecanismo excepcional y que invoca el amparo para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

3. PETICION

De conformidad con los hechos anteriormente expuestos, la parte actora solicita en síntesis, se ordene al DIRECTOR EJECUTIVO SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE BUCARAMANGA y a la PRESIDENCIA DE LA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE SANTANDER, mantener vigente su vinculación laboral con la Rama Judicial en las condiciones actuales, sin que desmejore su expectativa pensional, hasta tanto se le incluya en nómina de pensionados, conforme el grado respecto del cual ha hecho aportes a la seguridad social al servicio de la Rama Judicial.

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

La acción de tutela fue presentada el día 05 de agosto de 2016, correspondiendo el conocimiento al Juzgado Sexto Oral del Circuito Administrativo de Bucaramanga, quien mediante auto del 8 de agosto de 2016 avocó el conocimiento, denegó la medida provisional solicitada y admitió la acción de tutela de la referencia, ordenando la notificación personal de las accionadas, al igual que se les requirió para que en el término

de dos (2) días siguientes, ejercieran su derecho de defensa y contradicción¹. Posteriormente, con auto del 9 de agosto de 2016, decide remitir el proceso a este despacho Judicial en aplicación a lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1834 de 2015 (fol. 36-37). Es así que se recibe en este Despacho el 9 de agosto de 2016, quien mediante providencia del 10 de agosto de 2016, avocó el conocimiento del proceso en el estado en que fue entregado y ordenó comunicar a las partes de dicha situación.

Conforme a la actuación adelantada por el Juzgado Sexto Oral del Circuito Administrativo de Bucaramanga, la notificación de la admisión de la tutela se surtió via correo electrónico, cuyas constancias, obran en el expediente con reporte de envío y constancia de recibido de fecha 8 de agosto de 2016, a las 5:10 p.m (fol. 38).

III. INTERVENCIÓN DE LA ACCIONADA
Consejo Superior
• DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE BUCARAMANGA

En el presente asunto la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE BUCARAMANGA presentó contestación al requerimiento, el 9 de agosto de 2016, visible a folios 46 al 51 del expediente, manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la solicitud de amparo, pues ellas desbordan las funciones que la Constitución y la ley le han asignado a la entidad y no corresponden a un asunto que deba ser resuelto en sede de esta instancia excepcional, por cuanto lo solicitado resulta improcedente a través del mecanismo de la acción de tutela.

Posteriormente y luego de hacer un análisis sobre la facultad constitucional y legal del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa y el Consejo Seccional de la Judicatura de Santander para administrar y reglamentar la carrera judicial, concluyó que en desarrollo de la Constitución y la ley, la Sala Administrativa está plenamente facultada para tomar las determinaciones que sean necesarias en desarrollo de las convocatorias que se encuentren en curso para la selección de los aspirantes que requieren los cargos convocados, con fundamento en el mérito, las razones del servicio y en aras a efectivizar el derecho al acceso a cargos públicos para que los participantes tengan la posibilidad de ser nombrados de manera real cuando aprueben el concurso.

Adicionalmente, señaló que la facultad de reglamentación del concurso está dentro de la potestad que tiene la Sala Administrativa Superior, de regular el contenido y alcance y demás aspectos de cada una de las etapas del concurso de méritos, sin que esto comporte vulneración del derecho al debido proceso o al acceso a cargos públicos, en razón a que se garantiza que todos participen en condiciones de igualdad.

¹ Fol. 36 y 37

En ese orden de ideas, considero que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Santander no está llamada a responder por las pretensiones de la accionante, comoquiera que la entidad no está vulnerando sus derechos fundamentales, además reitero que las Salas Administrativas Seccional y Superior han actuado en ejercicio de las funciones administrativas que constitucional y legalmente le corresponden como entidad encargada de administrar y reglamentar la carrera judicial que insiste deviene por mandato constitucional, de manera autónoma, excepcional y exclusiva.

De otra parte, alega la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga, en razón a que la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, no se encuentra legitimada para responder por los hechos y pretensiones formulados por la accionante en la presente acción.

Finalmente, solicita declarar la improcedencia de la tutela para el caso particular, y en consecuencia se exima de responsabilidad a la entidad.

• CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE SANTANDER -SALA ADMINISTRATIVA (Fol. 61-62)

Interviene manifestando que la jurisprudencia constitucional ha sido clara en señalar que la Acción de tutela no fue creada para sustituir los medios ordinarios de defensa, por lo que considera improcedente la presente acción de tutela, pues sólo procede cuando no existe otro medio de defensa judicial, y en situación excepcional cuando mediante ella se busque evitar un perjuicio irremediable, caso en el que considera no se evidencia para la accionante un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, solicita se declare improcedente la presente acción por cuanto está en trámite una demanda de nulidad simple ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, además solicita ser desvinculada de la presente acción, en razón a que no es la entidad nominadora de los empleados de la Dirección Ejecutiva Seccional.



III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL PLENARIO.

Con el escrito de tutela se allegaron los siguientes documentos, que dan cuenta de la situación laboral de la accionante:

- ✓ Copia del certificado laboral expedido por la Coordinadora del Área de Talento Humano, en el que se indica el tiempo de vinculación de la accionante desde el 5 de agosto de 2014, y el cargo que ha desempeñado (Fol. 8).
- ✓ Copia de la cédula de ciudadanía de la señora MARTHA CECILIA DIAZ MARIN (Fol. 9).
- ✓ Copia del reporte de semanas cotizadas del 4 de agosto de 2016, ante la entidad COLPENSIONES (Fol. 10-14)
- ✓ Copia del registro civil de nacimiento del menor Juan Sebastián Mantilla Díaz, cuya progenitora es la señora MARTHA CECILIA DIAZ MARIN (Fol. 15).
- ✓ Copia de la tarjeta de identidad del menor Juan Sebastián Mantilla Díaz (Fol. 16)
- ✓ Copia del Acuerdo No. 1739 del 10 de septiembre de 2009, "Por medio del cual se convoca a concurso de méritos destinado a la conformación del Registro Seccional de Elegibles para los cargos de empleados de carrera del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander y Dirección Seccional de Administración Judicial de los distritos judiciales de Bucaramanga y San Gil" (Fol. 17-18)
- ✓ Copia de la Resolución No. 2789 del 18 de Agosto de 2015, "Por medio del cual se publican los resultados de la etapa clasificatoria correspondiente al Concurso de Méritos destinado a la conformación del Registro Seccional de Elegibles para proveer los cargos de empleados de carrera de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander y la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial del Distrito Judicial de Bucaramanga y San Gil" (Fol. 19-21).
- ✓ Copia de la Resolución No. 2813 del 01 de octubre de 2015, "Por medio de la cual se resuelve los recursos de Reposición interpuestos contra la Resolución No. 2789 del 18 de Agosto del 2015, y se condenen los recursos de Apelación" (Fol. 22-25).
- ✓ Copia de la Resolución No. 3070 del 25 de julio de 2016, "Por medio del cual se publica la conformación del Registro Seccional de Elegibles para proveer el cargo del Grupo 5, Profesional Universitario (Área Administrativa-Almacén) Grado 11, de carrera del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander y Dirección Seccional de la Judicatura de Santander y Dirección Seccional de Administración Judicial de los Distritos Judiciales de Bucaramanga y San Gil" (Fol. 26-27)
- ✓ Copia del auto que admite demanda de simple nulidad contra el Acuerdo No. 1739 del 10 de septiembre de 2009, proferido por la Sala Administrativa del Consejo

Superior de la Judicatura de Santander, radicado No. 2015-001239-00, expedida por el Tribunal Administrativo de Santander el 14 de abril de 2016 (Fol. 28-29).

- ✓ Copia del auto que niega la solicitud de suspensión provisional del Acuerdo 1736 del 10 de septiembre de 2009 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander (Fol. 30-31).
- ✓ Escrito de fecha 16 de mayo de 2016, por el que la señora MARTHA CECILIA DIAZ MARIN pone de presente al Doctor JORGE EDUARDO VESGA su situación laboral (fol. 32).

2. DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

La acción de tutela es el mecanismo constitucional de que proveyó la Carta Política de 1991 a las personas, para poder acudir ante los jueces a reclamar la protección de sus derechos fundamentales, cuando éstos se vean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

Conforme a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política,

*" (...) Toda persona tendrá **acción de tutela** para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)." (Negrilla fuera de texto).*

De los apartes del texto constitucional transcrito se concluye que los requisitos para que prospere la acción de tutela en contra de la autoridad pública son los siguientes:

- a) Que exista una acción u omisión de la autoridad pública, entendida ésta en un sentido lato.
- b) Que esa acción u omisión vulnere o amenace derechos fundamentales.
- c) Que la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales no posea otro medio de defensa judicial, salvo, que la acción de tutela se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3. PROBLEMA JURÍDICO

El disenso se contrae en determinar si se vulnera o no por parte de LA DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE BUCARAMANGA,

los derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, vida digna, seguridad social y al cumplimiento del deber de protección especial por parte del estado por ser pre pensionada de la señora MARTHA CECILIA DIAZ MARIN.

Así las cosas, previo a analizar el caso concreto, el Despacho estudiará los señalamientos de la H. Corte Constitucional frente a la procedencia de la acción de tutela en caso de sujetos especiales de protección y la protección legal de las personas próximas a pensionarse en el marco del Retén Social de la Ley 790 de 2002.

3.1 DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN CASOS DE SUJETO

ESPECIAL DE PROTECCIÓN - PREPENSIONADO

De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 61 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando estos se vean amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o excepcionalmente de un particular. Esta acción se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o de existir no resulte eficaz, o (ii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

No obstante lo anterior, la acción de tutela no procede para atacar actos administrativos de carácter laboral, pues para tal fin el ordenamiento jurídico ha creado acciones ordinarias, que son consideradas como medios idóneos para la protección de los derechos. Es decir, que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial diferentes a la tutela, esta acción constitucional se torna improcedente, salvo que se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se trate de un sujeto de especial protección o la acción ordinaria no sea idónea y eficaz para el amparo de los derechos.

Corresponde referirse concretamente al estatus de prepensionado, el cual ha sido protegido en varias ocasiones por la Corte Constitucional, en ejercicio de la acción de tutela, dada la especial condición de quienes tienen una expectativa legítima de que se les reconozca la pensión de vejez.

Para el caso de la implementación del régimen de carrera en una entidad pública, después de adelantado un concurso, es necesario que los nominadores, previo a empezar a nombrar, en periodo de prueba, a quienes figuran en la lista de elegibles, verifiquen si quienes ocupan en provisionalidad los cargos a proveer no sean sujetos de

especial protección, como los prepensionados, pues esa condición impide que estos últimos puedan desvincularse de la entidad en forma inmediata.

En el presente asunto, es claro que la actora se encuentra en una situación especial que no puede ser desconocida por el Despacho, pues al tener 54 años de edad es evidente que no le resulta fácil conseguir un trabajo del cual pueda derivar su subsistencia en tanto es resuelto su derecho pensional, además de que le ha entregado 2 años de su existencia al servicio de la Rama Judicial.

La Ley 270 de 1996 - Estatutaria de la Administración de Justicia, en el artículo 204, dispone que hasta tanto no se expida la ley ordinaria que regule las situaciones laborales administrativas de los funcionarios y empleados judiciales continuarán vigentes en lo pertinente las disposiciones del Decreto 1660 de 1978.

Dicho decreto en su artículo 138, consagró una protección especial a favor de aquellas personas que se encuentren próximas a ser pensionadas, al disponer:

"Ninguno de los funcionarios y empleados que por razones de edad y tiempo de servicio, vejez o invalidez, desee retirarse o deba ser retirado del servicio, será reemplazado mientras la entidad correspondiente de Previsión Social no haga el reconocimiento de sus prestaciones sociales y manifieste estar en condiciones de pagarlas especialmente la pensión, de suerte que no haya solución de continuidad entre la percepción del sueldo y la pensión, pero la permanencia en el cargo no podrá pasar de seis (6) meses después de ocurrida la causal" (Subraya la Sala)

A su vez, el Decreto Ley 546 de 1971 en su artículo 12, dispone:

Ninguno de los funcionarios a que se refiere este Decreto, que por razones de edad y tiempo de servicio, vejez o invalidez, desee retirarse o deba ser retirado del servicio será reemplazado mientras la entidad correspondiente de Previsión Social no haga el reconocimiento de sus prestaciones sociales y manifieste estar en condiciones de pagarlos, especialmente la pensión, de suerte que no haya solución de continuidad entre la percepción del sueldo y la pensión, pero la permanencia en el cargo no podrá pasar de 6 meses después de ocurrida la causal.

De conformidad con lo anterior, considera el Despacho que pese a que en el Tribunal Administrativo de Santander se inició medio de control de nulidad simple contra el Acuerdo No. 1739 de 2009 "Por medio del cual se convoca a concurso de méritos destinado a la conformación del Registro Seccional de Elegibles para los cargos de empleados de carrera del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander y Dirección Seccional de Administración Judicial de los distritos judiciales de Bucaramanga y San Gil", en el presente caso la acción de tutela es procedente, en razón a que se trata de un

sujeto de especial protección como lo es ser prepensionada, condición que se repite impropio que estos últimos puedan desvincularse de la entidad en forma inmediata.

3.1 LA PROTECCIÓN LEGAL DE LAS PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE EN EL MARCO DEL RETÉN SOCIAL: ARTÍCULO 12 DE LA LEY 790 DE 2002.

La tutelista es una servidora pública que desde el año dos mil catorce (2014) fue nombrada como provisional en un empleo de carrera administrativa. Por esta razón, el Despacho hará una breve referencia al tema de la estabilidad laboral de los sujetos que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad.

Así, se tiene que la Constitución Política establece en su artículo 125 el régimen de carrera administrativa como mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, instrumento eminentemente objetivo de acceso para el ingreso, ascenso, permanencia y retiro, dejando de lado la discrecionalidad del nominador, quedando a salvo algunas excepciones de orden constitucional y legal, así como ciertos regímenes especiales de creación constitucional².

De esta manera, se tiene que la carrera administrativa corresponde a un mecanismo preferente para el acceso de los empleos públicos, en virtud del cual, quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho de ingreso al empleo público, exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Frente al tema, la H. Corte Constitucional ha sostenido que los cargos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro³, dejando claras las diferencias notorias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa –dentro de ellas, la estabilidad reforzada que impide su retiro de forma discrecional– y aquellos designados en provisionalidad⁴ respecto de quienes se predica una estabilidad laboral relativa o intermedia, lo que implica que el acto administrativo a través del cual se disponga su desvinculación deba estar motivado como garantía a los derechos al debido proceso y el principio de publicidad.

Ahora bien, el Alto Tribunal de lo Constitucional igualmente ha señalado que tratándose de un funcionario que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, y es además sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, funcionarios que están próximos a pensionarse –como es el caso de la accionante– 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

² Sentencia C-588 de 2009

³ Sentencia T-800 de 1998, T-660 de 2005

⁴ Sentencia SU-917 de 2010 MP. Jorge Iván Palacio

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”⁵.

Frente al tema ha quedado claro que aun cuando estas personas no tienen un derecho de permanencia indefinida respecto del cargo que ocupan en provisionalidad, en tanto, es claro que el mismo debe ser provisto mediante concurso de méritos, en desarrollo de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Carta Política, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, si debe otorgárseles un trato de orden preferencial como acción afirmativa,⁶ en forma previa a realizar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles generada en curso del respectivo concurso de méritos. Lo anterior, en salvaguarda de sus derechos fundamentales.⁷

En similar sentido ha señalado la Corte Constitucional la necesidad de adoptar algunas medidas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Este es el caso de la sentencia de unificación SU-446 de 2011,⁸ en la que se hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de quienes ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales que ameritan su protección, por tratarse de personas con disminución física, sensorial o psíquica, madres y padres cabeza de familia o prepensionados. Indicó la Corte:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”

“Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia, ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase 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) las personas en situación de discapacidad”

⁵ Sentencia T-186 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

⁶ Sentencia SU-446 de 2011.

⁷ Al respecto, ver, entre otras, la sentencia T-462 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y la SU-466 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SV Jorge Iván Palacio y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SPV Humberto Antonio Sierra Porto).

⁸ (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto, AV Luis Ernesto Vargas Silva).

Ahora bien, se tiene además que en aras de garantizar los derechos de las personas próximas a pensionarse, el legislador expidió la Ley 790 de 2002, "por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República", la cual estableció en su artículo 12, un beneficio que cobija a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y aquellos servidores públicos que dentro de los tres (3) años siguientes contados a partir de la vigencia de la Ley (27 de diciembre de 2002), cumplieran con la totalidad de los requisitos para disfrutar de la pensión de vejez o jubilación, toda vez que no podían ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública.

Artículo 12. Protección Especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.

Artículo 13. Trámite. Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública en el orden nacional respetarán las siguientes reglas:

13.1 Acreditación de la causal de protección.

a) Madres cabeza de familia sin alternativa económica (Los jefes de personal o quienes hagan sus veces, verificarán en las hojas de vida de las servidoras públicas que pretendán beneficiarse de la protección especial y en el sistema de información de la respectiva Entidad Promotora de Salud, EPS, y en las Cajas de Compensación Familiar, que se cumplan las condiciones señaladas en el presente decreto y que en el grupo familiar de la solicitante no existe otra persona con capacidad económica que aporte al sistema de seguridad social)

Así mismo, la condición de invalidez de los hijos, siempre que dependan económica y exclusivamente de quien pretenda ser beneficiaria de la protección especial, debe ser probada por la servidora pública con un dictamen de la respectiva Junta de Calificación de Invalidez.

(...)

d) **Personas próximas a pensionarse** Sin perjuicio de que el servidor público que considere encontrarse en este grupo adjunte los documentos que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido.

Así las cosas, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 creó a favor de las personas próximas a pensionarse, un régimen de transición que pretendía evitar su desvinculación dada la proximidad de la adquisición del derecho, bajo el entendido de que las personas que en

73

menos de tres años adquirieran el derecho a pensionarse, configuren una confianza legítima en que serían pensionadas a la luz del régimen al cual estaban vinculadas.

Más adelante, se expidió la Ley 812 de 2003, "por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario", que modificó en el artículo 8º la protección conferida por la Ley 790 de 2002, disponiendo que los beneficios otorgados por dicha ley se aplicarían hasta el 31 de enero de 2004, exceptuándose a las personas próximas a pensionarse, cuya garantía debía respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

No obstante lo anterior, mediante providencia C-991 de 2004, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del límite temporal establecido en la Ley 812 de 2003, por considerar, que constituía un retroceso respecto de lo estipulado por la Ley 790 de 2002, y, en segundo lugar, por ser violatorio del principio de igualdad, pues mientras que para la protección de las personas próximas a pensionarse no se había fijado ninguna restricción temporal, para las madres y los padres de familia sin alternativa económica y las personas en situación de discapacidad, dicho beneficio se aplicara hasta el treinta y uno (31) de enero de dos mil cuatro (2004). En este fallo la Corte recogió la posición fijada en la sentencia T-792 del veintitrés (23) de agosto dos mil cuatro (2004) mediante la cual se inaplicó la norma legal por violación del principio de igualdad constitucional y, sobre esa base, retiró del ordenamiento jurídico la expresión "aplicarán hasta el 31 de enero de 2004", con lo cual eliminó el límite temporal que perjudicaba a las madres y los padres cabeza de familia sin alternativa económica y las personas con limitación física, mental, visual o auditiva.

Ahora bien, como la protección establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 hace referencia a la estabilidad laboral del retén social y no a la de los prepensionados, la Corte Constitucional en sentencia C-795 de 2009, precisó:

"23 Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado que dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores, se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos (sic) fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado"

Igualmente, en la sentencia T-186 de 2013, señaló que el retén social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar

los derechos fundamentales implicados en la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. *"En otras palabras, el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados tiene origen constitucional y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y a la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos"* (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, en relación con la aplicación de la Ley 790 de 2002, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha expresado que si bien tiene lugar en el marco de la renovación de la administración pública, es decir para procesos de extinción de entidades públicas y supresión de cargos por motivos de reestructuración de la planta de personal y más no para ampararse en ella ante la desvinculación del cargo de libre nombramiento y remoción, lo cierto es que por esta vía pueden aplicarse los principios y finalidades del retén social, por tratarse de personas que merecen protección especial por parte del Estado. Así lo ha expresado:

"Entiende la Sala que el denominado retén social dispuesto en la Ley 790 de 2002, tiene lugar en el marco de la renovación de la administración pública, con el fin de que la igualdad sustantiva pudiera ser exigible en dicho ámbito, pues fue así como en el artículo 12 de la mencionada ley, con algunos matices jurisprudenciales, se dispuso que no podrían ser retirados del servicio en desarrollo del programa de renovación de la administración pública: i) las madres cabeza de familia sin alternativa económica, ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y iii) los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de 3 años a partir de la expedición del acto desvinculación. En ese orden de ideas, para la Sala la figura del retén social propiamente dicha, fue concebida para procesos de extinción de entidades públicas y supresión de cargos por motivos de reestructuración de la planta de personal, más no para ampararse en ella ante la desvinculación para la provisión de empleos por vía de concurso de méritos e impedir la materialización de las garantías de quienes tienen el legítimo derecho a ser nombrados en periodo de prueba. No obstante, dado que los sectores de la población incluída en aquella figura jurídica merecen protección especial por parte del Estado, por esta vía en casos especiales que la Sala pasara a desarrollar, deben aplicarse los principios y finalidades de esta. (Negrilla fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior hay lugar a proteger a aquellas personas que se encuentran en calidad de prepensionados de manera transitoria, es decir, hasta que se resuelva su solicitud pensional, y en caso de tener derecho, se prolonga hasta cuando se incluya en nómina de pensionados

Precedente vertical:

74

Resulta pertinente hacer alusión al análisis plasmado por la H. Corte Constitucional en sentencia T-498 de 2011, en la que analiza la situación laboral de una empleada pública nombrada en provisionalidad quien fue desvinculada del servicio para proveer el cargo con quien superó el concurso público de méritos, cuya condición de prepensionada la hacían sujeto de especial protección constitucional. Indicó el Alto Tribunal:

"Entonces, para la Sala es claro que en vista de que la accionante no superó el concurso de méritos que se estaba llevando a cabo para la carrera docente, se procedió a nombrar a una persona que sí culminó dicha prueba a cabalidad en su cargo y, en esta medida la señora Urrego Jiménez no cumplió con los estándares de mérito y calidad que se fijaron para pertenecer a la carrera docente y no podría esta Corte pasar por encima de los resultados de un concurso que evaluó no solo a la accionante, sino a todas las personas que en él se inscribieron.

33. *En suma, esta Sala considera que a la accionante no le asiste el derecho que reclama respecto de la aplicación del Decreto 3905 de 2009 y la Ley 790 de 2002, ya que por un lado no se podría predicar de ella la calidad de prepensionada, en tanto la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. no se encuentra dentro del plan de renovación de la administración pública, ni en el trámite de una liquidación forzosa y, segundo, porque la razón por la que la actora fue retirada de su cargo fue que estaba en un nombramiento en provisionalidad, frente al que sabía desde el principio que se podía dar por terminado si se nombraba a alguien en propiedad o en periodo de prueba, evento que efectivamente ocurrió en este caso.*

34. *No obstante lo anterior, esta Sala encuentra que la accionante está expuesta a una vulneración clara y evidente de su derecho al mínimo vital y a una vida en condiciones dignas, no solo de ella sino también de su madre, quien es un sujeto de especial protección constitucional por tener 92 años de edad, y por encontrarse en un estado de incapacidad derivado de sus condiciones de salud, por cuanto se les estaría dejando sin la única fuente de ingresos que tenían para su sostenimiento, que consistía precisamente en el salario que devengaba la señora Urrego Jiménez como docente al servicio de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C.*

Esto, teniendo en cuenta que tal como quedó demostrado con las pruebas ordenadas por el juez de primera instancia, la señora Urrego Jiménez no es propietaria de vehículos automotores ni de bienes inmuebles, tanto así que no figura como contribuyente de los impuestos que percibe Bogotá.

35. *Ante dicha situación, esta Corte no puede pasar por alto el perjuicio al que se podría ver expuesta la accionante si no se toman medidas para evitar la vulneración de sus derechos y, tal como se verá a continuación existe una posibilidad constitucionalmente válida que remediaría en cierta medida la situación de la actora, sin transgredir los principios y lineamientos jurisprudenciales que se explicaron en los apartes precedentes.*

36. *Es así como, si bien la accionante no tiene la calidad de prepensionada a la que se ha hecho alusión, lo cierto es que tanto ella como su madre son personas de especial protección constitucional por encontrarse en un estado de debilidad manifiesta, y en esta medida no se les puede dejar desamparadas ante el riesgo al que se considera se pueden ver expuestas.*

37. Teniendo en cuenta que la señora Urrego Jiménez se encuentra próxima a pensionarse, es deber de esta Tribunal protegerla, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 13 constitucional así como los artículos 43 (protección a las mujeres) y 46 (protección a la tercera edad) de la Constitución Política.

38. Por lo demás, esta Sala considera que del cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia de primera instancia que se materializaron en el efectivo reintegro de la accionante como docente en la planta de personal de la Secretaría de Educación, se desprende un importante indicio, que lleva a suponer que seguramente no se han nombrado en periodo de prueba o en propiedad la totalidad de cargos disponibles en dicha entidad, así como el hecho de que con el nombramiento de la actora no se desmejoraron las condiciones laborales de otra persona que también fuese sujeto de especial protección constitucional, puesto que nada dijo al respecto la demandada en su escrito de impugnación.

39. En conclusión, en este caso, se presenta una clara afectación al mínimo vital de la accionante, quien como ya se ha visto es un sujeto de especial protección constitucional, y existe también una solución a la misma, sin transgredir los principios rectores del sistema de concurso público para proveer los cargos de docentes oficiales, toda vez que no se han nombrado en propiedad la totalidad de puestos disponibles en la Secretaría de Educación, es decir que todavía existen cargos provisionales en los que se puede nombrar a la accionante.

40. Por lo tanto se ordenará a la entidad demandada, que restituya en el cargo que desempeñaba la señora Florinda Urrego Jiménez, o uno similar, sin llegar a desmejorar su condición laboral, y mantenerla vinculada a su nómina, hasta tanto ocurra alguno de los dos eventos que se señalan a continuación: a) se provean en periodo de prueba o propiedad la totalidad de cargos disponibles en la Secretaría de Educación para docentes en el área que se desempeña la actora, o b) la accionante termine de colizar las semanas que le hacen falta para obtener los requisitos de su derecho a la pensión de vejez, y reciba una respuesta de la entidad pensional correspondiente, en caso que su solicitud sea aceptada, deberá mantenerla vinculada hasta que la misma sea incluida en nómina de pensionados.

3.3. CASO CONCRETO

En el caso objeto de estudio, la señora MARTHA CECILIA DIAZ MARIN presentó acción de tutela contra la Dirección Ejecutiva Seccional de la Administración Judicial de Bucaramanga y el Consejo Seccional de la Judicatura – Sala Administrativa, solicitando el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, vida digna, seguridad social y al cumplimiento del deber de protección especial por parte del estado por ser pre pensionada, los cuales estima en riesgo inminente de ser vulnerados por la entidad accionada, al ser emitida la lista de elegibles de que trata el numeral 9º del artículo segundo del Acuerdo 1739 de 2009 profendo por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander.

75

Del material probatorio alegado al proceso puede concluirse que la señora MARTHA CECILIA DIAZ MARIN cuenta con 54 años y cinco meses de edad, así como con 1716,29 semanas cotizadas para pensión en el fondo de pensiones Colpensiones (Fol. 10-14)

Por su parte, también se demostró que la accionante es madre del menor Juan Sebastián Mantilla Díaz y manifiesta que debe aportar económicamente para su sostenimiento y el de su hogar (Fol. 1 vto). Sin embargo, no está acreditada la condición de madre de cabeza de familia, que protege el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 *-puesto que dicha condición no se invoca-*

Pese a ello, si está suficientemente probado que la tutelante tiene la condición de prepensionada, pues para el 25 de julio de 2016 fecha en que se publicó la conformación del registro seccional de elegibles para proveer el cargo del Grupo 5, le faltaban menos de tres años para obtener la pensión de jubilación, esto es, cumplir la edad de 57 años requerida para obtener la pensión, en razón a que las semanas requeridas para tal fin ya las tiene cotizadas.

De conformidad con lo anterior, y teniendo en cuenta la condición de prepensionada de la accionante, circunstancia, que a la luz de los artículos 13 y 46 Constitucional, la hacen sujeto de especial protección y merecedora de un trato preferente frente a los demás empleados, en provisionalidad en los que no concurre dicha situación, concluye el Despacho que los derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, la vida digna y la seguridad social de la señora MARTHA CECILIA DIAZ MARIN están en inminente amenaza de ser vulnerados por la entidad accionada DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE LA RAMA JUDICIAL y SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA, en caso de ser desvinculada de la entidad con ocasión a los nombramientos próximos a efectuarse una vez culminada la etapa final del concurso público de méritos para proveer los cargos de la Dirección Ejecutiva Seccional y el Consejo Superior de la Judicatura de Santander, toda vez que *-se reitera-* la accionante es un sujeto de especial protección constitucional, que no puede ser retirada de su cargo hasta tanto no cumpla la edad requerida para obtener la pensión y se incluya en nómina.

Es claro además que desvincular a la demandante de la entidad en la que labora, le causaría un perjuicio irremediable, pues quedaría desamparada sin opción alguna de acceder a otra actividad laboral para sufragar las necesidades básicas, mientras se le reconoce la pensión, más aun cuando por su edad es muy difícil optar por ocupar un cargo en cualquier entidad pública o privada; además al ser desvinculada y no poder seguir pagando su seguridad social estaría en riesgo su vida al no poder acceder a los servicios médicos que requiera.

Si bien es cierto, que la entidad nominadora está implementando el sistema de carrera, lo cual le otorga a quienes superaron el concurso un derecho legítimo de acceder a los cargos vacantes, es importante que al realizar las designaciones en periodo de prueba se verifique la especial condición de algunos de los funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad, como por ejemplo quienes están próximos a pensionarse, y que gozan de estabilidad reforzada, toda vez que su desvinculación los sometería a un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, el Despacho amparará los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la vida digna, la seguridad social, a la igualdad y al derecho a obtener protección especial de la señora MARTHA CECILIA DIAZ MARIN, ordenándosele a la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE BUCARAMANGA, que en caso de proveerse el cargo de Coordinador del grupo de Servicios Administrativos y Almacén Profesional Universitario grado 11 con la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, dentro del término de veinticuatro (24) horas siguientes a la provisión, reubique a la señora MARTHA CECILIA DIAZ MARIN en una de las plazas que no sean provistas de manera inmediata mediante el sistema de carrera y continúen en provisionalidad, siempre que con ello no se afecten los derechos de otro provisional que se encuentre en igual o peor situación de vulnerabilidad. En todo caso deberá adoptar cualquier otra medida de diferenciación positiva que favorezca su estabilidad laboral frente a los demás provisionales no vulnerables, hasta tanto no se reconozca la pensión de vejez a su favor y sea incluida en nómina de pensionados.

Igualmente, se ordenará a la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE BUCARAMANGA reportar ante EL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE SANTANDER - SALA ADMINISTRATIVA que la señora MARTHA CECILIA DIAZ MARIN es un sujeto de especial protección, teniendo en cuenta su condición de prepensionada.

4. Decisión

En razón y mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DE BUCARAMANGA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la vida digna, a la seguridad social, a la igualdad y a obtener protección especial por ser prepensionada, de la señora MARTHA CECILIA DIAZ MARIN.

76

SEGUNDO: ORDENAR a la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE BUCARAMANGA, que en caso de proveerse el cargo de Coordinador del grupo de Servicios Administrativos y Almacén Profesional Universitario grado 11 con la persona que ocupó el primero lugar en la lista de elegibles, dentro del término de veinticuatro (24) horas siguientes a la provisión, reubique a la señora MARTHA CECILIA DIAZ MARIN en una de las plazas que no sean provistas de manera inmediata mediante el sistema de carrera y continúen en provisionalidad, siempre que con ello no se afecten los derechos de otro provisional que se encuentre en igual o peor situación de vulnerabilidad. En todo caso deberá adoptar cualquier otra medida de diferenciación positiva que favorezca su estabilidad laboral frente a los demás provisionales no vulnerables, hasta tanto no se reconozca la pensión de vejez a su favor y sea incluida en nómina de pensionados.

TERCERO: ORDENAR a la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL BUCARAMANGA reportar ante EL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE SANTANDER – SALA ADMINISTRATIVA, que la señora MARTHA CECILIA DIAZ MARIN es un sujeto de especial protección, teniendo en cuenta su condición de prepensionada.

CUARTO: En caso de que la presente providencia no sea impugnada por las partes remitase al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión.

QUINTO: EJECUTORIADA esta providencia ARCHIVENSE las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema.



*Consejo Superior
de la Judicatura*