T-146-19

Sentencia T-146/19

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE DESVINCULACION DE SERVIDOR PUBLICO-Improcedencia por incumplir requisito de subsidiariedad y no acreditar perjuicio irremediable

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Naturaleza

MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Ley 1437 de 2011

MEDIDAS CAUTELARES ORDINARIAS Y MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA EN EL PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Oportunidad para decretarlas

Referencia: expediente T-6.998.520.

Acción de tutela instaurada por John Jair Silva Bedoya contra la Procuraduría General de la Nación.

Procedencia: Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Asunto: Procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada. Prueba de los presupuestos que la configuran. Ausencia de acreditación del requisito de subsidiariedad por existir otros mecanismos de defensa judicial a los que ya acudió el actor.

Magistrada Sustanciadora

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá, D.C., dos (2) de abril de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas y por las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales,

ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las providencias dictadas el 24 de julio de 2018, por la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Medellín, y el 23 de agosto de 2018, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente de tutela T-6.998.520, promovida por John Jair Silva Bedoya contra la Procuraduría General de la Nación.

El expediente fue remitido a esta Corporación mediante oficio número 17839 de 17 de septiembre de 2018, por la Secretaria de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento de los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección Número Once de la Corte, mediante Auto de 26 de noviembre de 2018, resolvió seleccionar el asunto de la referencia para su revisión.

I. ANTECEDENTES

El accionante formuló acción de tutela por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y al mínimo vital en contra del Procuraduría General de la Nación al haber previsto la terminación de su vinculación en provisionalidad en esa entidad "(…) por agotamiento de la lista de Elegibles (sic)"[1].

En ese sentido, pidió ordenar su reintegro al cargo de sustanciador grado 11 Código 4SU de la Procuraduría 202 Judicial Penal de Santa Fe de Antioquia con funciones en la Procuraduría 37 Judicial I de restitución de tierras de Medellín. En el evento en que dicha medida no pueda cumplirse, solicitó su vinculación en la Procuraduría 37 Judicial I de restitución de tierras de Medellín, donde cumplía sus funciones públicas.

A. Hechos y pretensiones

1. El accionante nació el 19 de septiembre de 1963, por lo que cuenta actualmente con 55 años[2]. Expresó que trabajó en la Procuraduría General de la Nación desde el 19 de marzo de 1996. En ese momento, fue nombrado en provisionalidad en el cargo de agente de seguridad grado 11, con sede en la ciudad de Medellín[3].

2. Manifestó que el 6 de diciembre de 2013, fue nombrado en provisionalidad en el cargo de sustanciador grado 11 en la Procuraduría Judicial I Penal de Santa Fe de Antioquia, con funciones en la Procuraduría 37 Judicial I de Restitución de Tierras en la ciudad de Medellín[4].

3. Expuso que el 5 de enero de 2015, fue diagnosticado con "COPROPORFIRIA Y PORFIRIA INTERMITENTE AGUDA CON 2 MUTACIONES Y CUADRO NEUROVISCERAL"[5]. Precisó que se trata de una enfermedad genética, huérfana, rara y ruinosa, que también padece su hija de 25 años[6] en una etapa más "agresiva", pues se trata de "COPROPORFIRIA Y HARDEROPORFIRIA con 4 mutaciones, enfermedad hepática aguda, neuroviscerales."[7]

4. Declaró que el 26 de mayo de 2016, luego de permanecer hospitalizado en la clínica Medellín de Occidente, SURA EPS lo remitió a COLPENSIONES para que le reconocieran el subsidio por incapacidad temporal luego de 180 días o se estableciera la pérdida de capacidad laboral[8] con ocasión de su patología. De igual manera, informó que durante ese año fue remitido a varias instituciones médicas que confirmaron el diagnóstico y coincidieron en emitir concepto de rehabilitación desfavorable[9].

5. Indicó que el 26 de noviembre de 2016, COLPENSIONES determinó en primera instancia la pérdida de la capacidad laboral del solicitante en 36.27% por enfermedad de origen común. La mencionada decisión fue modificada por la Junta Regional de Invalidez mediante dictamen número 66219 de 20 de junio de 2017, en el sentido de establecer la pérdida de capacidad laboral del actor en 41.58%[10], con fecha de estructuración el 25 de noviembre de 2016[11].

6. Adujo que remitió a la entidad accionada, particularmente a la oficina de salud ocupacional y a la Secretaría General, su historia clínica y los dictámenes proferidos por COLPENSIONES[12]. Por tal razón, el demandante afirmó que esa institución, al conocer su padecimiento, realizó actuaciones de seguimiento de su caso a través de salud ocupacional, mediante entrevistas privadas, sicológicas, llamadas telefónicas y correos electrónicos[13].

7. El 14 de agosto de 2015, la Procuraduría General de la Nación abrió concurso de méritos para proveer cargos de carrera a nivel nacional. El demandante informó que dentro de dichas convocatorias no se ofertó el cargo que ocupaba en la entidad ni aquel en el que

cumplía sus funciones, es decir, el de Sustanciador Grado 11 Código 4SU tanto de la Procuraduría 202 Judicial I Penal de Santa Fe de Antioquia y de la Procuraduría 37 Judicial I de Restitución de Tierras de Medellín respectivamente[14].

8. Refirió que la lista de elegibles del mencionado concurso está contenida en la Resolución número 113 de 17 de abril de 2017, en la que no se relacionó el cargo en el cual fue nombrado, ni aquel en el que desempeñaba sus funciones[15].

9. El 25 de junio de 2018, el actor expresó que fue notificado mediante oficio No. 005065 de la misma fecha, de la terminación de su vinculación en provisionalidad por el agotamiento de la lista de elegibles referida previamente.

10. Solicitó al juez de tutela proteger sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y al mínimo vital y en consecuencia, ordenar a la entidad accionada su reintegro al cargo de Sustanciador Grado 11 Código 4SU de la Procuraduría 202 Judicial Penal I de Santa fe de Antioquia con funciones en la Procuraduría 37 judicial I de Restitución de Tierras de Medellín. Subsidiariamente, pidió que fuera reintegrado y nombrado en el cargo en el que desempeñaba sus funciones en la ciudad de Medellín[16].

B. Actuación procesal

La Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Medellín, mediante auto de 10 de julio de 2018, admitió la acción de tutela de la referencia, ordenó correr traslado a la entidad accionada y vinculó al trámite a Julián David Valencia Vélez, quien participó en el concurso de méritos, fue incluido en la lista de elegibles, resultó nombrado y posesionado en el cargo de Sustanciador Código 4SU grado 11 en la Procuraduría 202 Judicial I Penal de Santa Fe de Antioquia.

Respuesta de la Procuraduría General de la Nación[17]

El 12 de julio de 2018, la entidad precisó que el cargo de Sustanciador Grado 11 Código 4SU de la Procuraduría General de la Nación es de carrera administrativa, por lo que la vinculación del actor fue en provisionalidad. De igual manera, explicó que en la historia laboral del peticionario no obra información sobre “(…) alguna condición especial para ser

considerado como objeto (sic) de estabilidad laboral reforzada.”.

Expuso que la solicitud de amparo de la referencia es improcedente porque el tutelante cuenta con otros mecanismos judiciales ordinarios de defensa ante la jurisdicción. De otra parte, manifestó que la jurisprudencia de esta Corporación[18] ha establecido que: i) los derechos de quienes ganan el concurso de méritos prevalecen sobre aquellos que ocupan un cargo en provisionalidad aun si se encuentran en una situación de especial protección, como serían las madres o padres cabeza de familia; y ii) en tal caso, la administración debe adoptar las medidas afirmativas de protección “(…) siempre que resulte posible o tenga algún margen de maniobra (…)”[19].

En tal perspectiva, en el cargo que ocupó el accionante se nombró a una persona de la lista de elegibles que había optado por dicha sede y plaza, por lo que su derecho prevalece sobre el del peticionario. Precisó que la actuación de la entidad se sustentó igualmente en la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, radicado número 17001333900520180014 9, por lo que no hay “(…) posibilidad o margen de maniobra” para que el actor continúe vinculado a la entidad, puesto que la orden de tutela afecta la planta general de la institución y la obliga a nombrar a las personas que accedieron al ejercicio de la función pública mediante el concurso de méritos[20].

Con fundamento en lo expuesto, solicitó que la acción de tutela sea rechazada por improcedente o se denieguen las pretensiones de amparo, en atención a que, según esa entidad, no ha vulnerado ningún derecho fundamental al peticionario[21].

Respuesta de Julián David Valencia Vélez[22]

El 13 de julio de 2018, indicó haber participado en la convocatoria 108 de 2015, para el cargo de Sustanciador Código 4SU Grado 11 en la Procuraduría Judicial Administrativa “(…) con ciudad preferencia Pereira y primera alternativa la ciudad de Armenia”.

Expresó que ocupó el lugar 252 de la lista de elegibles conformada mediante Resolución 107 de 7 de abril de 2017 y fue nombrado por Decreto 2652 de 31 de mayo de 2018, proferido por la Procuraduría General de la Nación. Se posesionó el 9 de julio de 2018, en el cargo de Sustanciador Código 4SU, Grado 11 en la Procuraduría 202 Judicial I Penal de

Santa Fe de Antioquia.

Manifestó que se opone a las pretensiones de la solicitud de amparo porque su acceso al cargo fue legítimo y se deriva de haber superado el concurso de méritos e integrar la lista de elegibles. Sin embargo, solicitó que en caso de concederse la tutela invocada, se ordene a la entidad accionada que proceda a nombrarlo en Pereira o en Armenia, ya que conoce que en esas plazas existe disponibilidad para el mismo empleo, porque no ha sido provisto por la lista de elegibles vigente, con lo cual se garantizaría su proyecto de vida personal y familiar[23]. Finalmente, refirió que el cargo en el cual fue nombrado no se ofertó y tuvo que aceptar el mismo porque se encontraba desempleado y debía asumir los gastos de sus dos hijos menores de edad y de su esposa que es ama de casa.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

La Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Medellín, mediante fallo de 24 de julio de 2018[24], resolvió NEGAR el amparo constitucional invocado, con base las siguientes razones:

No se demostró el "desmedro" a la estabilidad laboral reforzada debido a que no existe vínculo de causalidad entre la calidad de sujeto de especial protección por la condición de salud del actor y su desvinculación del cargo de sustanciador código 4SU, grado 11 de la Procuraduría 202 Judicial penal de Santa Fe de Antioquia que ocupaba en provisionalidad. Bajo tal perspectiva, no se acreditó que la actuación administrativa obedeciera a un motivo de discriminación, ya que aquel se sustentó en la naturaleza del empleo y en la necesidad de nombrar a quien había ganado el concurso de méritos y se encontraba en la lista de elegibles.

El Ministerio Público carecía de la posibilidad de mantener o reintegrar al demandante al empleo que ocupaba porque en las convocatorias 108 y 109 de 2015, fueron ofertados 234 cargos, entre los que se encontraba el de sustanciador código 4SU, grado 11 y la lista de elegibles superó dicha oferta, prueba de ello es que la persona que reemplazó al peticionario ocupó el puesto 252. Por tal razón, no tenía margen para efectuar la ponderación entre los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada que reclama el

actor.

En ese sentido, la desvinculación del actor por parte de la Procuraduría obedeció a criterios generales, legítimos y distantes de arbitrariedad, es decir, en una causa objetiva derivada de la obligación de materializar los derechos de quienes ganaron el concurso de méritos.

El amparo solicitado no cumple con el requisito de subsidiariedad ya que el peticionario tiene la posibilidad de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo particularmente, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que puede solicitar la suspensión de los efectos de los actos administrativos objeto de reproche. De igual forma, consideró que el actor no demostró que careciera de patrimonio o rentas para solventar sus necesidades personales y familiares. Además, expresó que "(…) goza de la prestación del servicio de salud y su PCL, equivalente al 41.58, no lo ubica como eventual postulado, a una pensión de invalidez, aspectos que llevan a que no se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que permita la procedencia transitoria de este amparo."[25]

Impugnación[26]

El actor impugnó la decisión de primera instancia al considerar que ese Tribunal no tuvo en cuenta: i) su condición de sujeto de especial protección constitucional derivada de su calidad de padre cabeza de familia; ii) la falta de ingresos diferentes a los de su salario como funcionario; y que, iii) padece de porfiria, catalogada como enfermedad catastrófica que afecta su sistema hepático, psiquiátrico, sicológico y neurológico, tal y como lo demuestra su historia clínica[27]. Adicionalmente, precisó que el mencionado padecimiento deteriora progresivamente su salud, le produce crisis que deben ser tratadas con medicamentos costosos y le genera en algunos casos hospitalización, por lo que tiene actualmente una pérdida de capacidad laboral de 41.58%. Expresó que no es cierto que la Procuraduría desconociera su estado de salud, ya que oportunamente remitió toda su historia clínica a la entidad, quien activó mecanismos de seguimiento a su condición médica[28].

Reiteró que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que las personas que están en cargos de provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa siempre que

acrediten ser padres cabeza de familia, estén próximas a pensionarse o se encuentren en situación de discapacidad. En tal sentido, manifestó que al momento de su desvinculación tenía la calidad de padre cabeza de familia y se encontraba en situación de discapacidad, por lo que el juez de instancia debió amparar los derechos fundamentales invocados[29].

Insistió en que su cargo no fue ofertado en las convocatorias 108 y 109 de 2015 y que el señor Julián David Valencia no se inscribió para la plaza de Medellín, sino que el lugar de preferencia para el trabajo fue Pereira, donde, según el participante, hay disponibilidad para agotar la lista de elegibles[30].

Sentencia de segunda instancia[31]

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante fallo de 23 de agosto de 2018, CONFIRMÓ la decisión de primera instancia, con base en los siguientes argumentos:

La legalidad del acto de nombramiento en propiedad de quien integraba la lista de elegibles en el cargo que ocupaba el actor no es reprochable a través de la acción de tutela, ni siquiera como mecanismo transitorio, por lo que el peticionario puede acudir al medio de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa.

La desvinculación laboral del solicitante no está relacionada con su estado de salud sino que obedeció al nombramiento en propiedad de la persona que integraba la lista de elegibles para el cargo de sustanciador grado 11. En otras palabras, la causa de la terminación del empleo del actor fue la materialización del concurso de méritos abierto por la Procuraduría[32].

No existe vulneración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni del Bloque de constitucionalidad por lo que la actuación atacada no es “inconvencional”[33].

D. Actuación en sede de Revisión

El despacho de la Magistrada Sustanciadora, mediante Auto de 28 de enero de 2019, decretó de oficio la práctica de pruebas, con la finalidad de conocer la situación económica, laboral y familiar del actor. De igual manera, dicha actuación pretendía establecer si el accionante había iniciado procesos judiciales ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Respuesta de John Jair Silva Bedoya

El señor John Jair Silva Bedoya radicó el 4 de febrero de 2019, ante la Secretaría General de la Corte, un documento en el que[34]:

i) Reiteró su condición actual de salud, específicamente su padecimiento de coproporfiria y porfiria intermitente aguda y cuadro neuro visceral.

ii) Indicó que actualmente está afiliado a la EPS SURA como independiente y adicionalmente, no cuenta con ningún ingreso fijo que garantice su mínimo vital, pues la única fuente económica personal y familiar era el salario que percibía en la Procuraduría General de la Nación.

iii) Expuso que su hija tiene 25 años, fue diagnosticada con porfiria intermitente aguda, con crisis de dolor a nivel abdominal, cervical y torácico. Manifestó que estudia ingeniería industrial en la Universidad Salazar y Herrera, cursa el semestre de práctica en una empresa lo que sustenta su afiliación a la EPS SURA.

iv) Refirió que el 25 de junio de 2018, fue notificado mediante oficio 005065 de la terminación de la vinculación en provisionalidad en la Procuraduría General de la Nación, la cual se hizo efectiva el 8 de julio de ese mismo año. Insistió en que no cuenta con ningún ingreso fijo, ya que no tiene vinculación laboral actualmente y su hija y esposa dependen económicamente de él.

v) Adujo que el 28 de mayo de 2015, mediante correo electrónico, informó a la entidad su condición médica, que soportó con el envío de su historia clínica. La dependencia de medicina laboral de la institución presentó recomendaciones laborales, las cuales, según el actor, fueron puestas en conocimiento de su jefe inmediato a través de oficio 00141 de 21 de enero de 2016. Nuevamente, el 12 de septiembre de ese mismo año, remitió su historia clínica a la Secretaria General y a la Coordinación de Grupo de Gestión de la Seguridad Social y Salud en el trabajo de la Procuraduría General de la Nación. De igual manera, adjuntó los formatos de seguimiento a las recomendaciones médico laborales realizadas por la accionada.

vi) Informó que presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Procuraduría General de la Nación que cursa en el Juzgado 12 Administrativo Oral de Medellín, bajo el radicado 05001333301220180047800 y fue admitida el 14 de diciembre de 2018.

Respuesta de la Procuradora 37 Judicial I de Restitución de Tierras de Medellín

Esa funcionaria, mediante correo electrónico de 4 de febrero de 2019, expresó que el señor John Jair Silva Bedoya no labora en esa dependencia desde el 8 de julio de 2018, con ocasión de la terminación de su vinculación en provisionalidad, notificada mediante oficio 005065 de 25 de junio de 2018. Indicó que actualmente la vacante de sustanciador no ha sido ocupada, pues la entidad no ha nombrado a la persona que debe ocupar ese cargo[35].

Respuesta del Juzgado 12 Administrativo Oral de Medellín

Esa autoridad judicial informó el 7 de febrero de 2019, vía correo electrónico, que en ese despacho cursa proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por John Jair Silva Bedoya contra la Procuraduría General de la Nación, el cual fue radicado el 5 de diciembre de 2018 y admitido por auto de 14 de ese mismo mes y año.

Las pretensiones de la demanda buscan la nulidad de la Resolución número 2652 de 31 de mayo de 2018, proferida por el despacho del Procurador General de la Nación, en la que dispuso nombrar a Julián David Valencia Vélez en el cargo de Sustanciador, Código 4SU, grado 11 en la Procuraduría 202 Judicial I penal de Santa fe de Antioquia y, en consecuencia, terminar la vinculación en provisionalidad de John Jair Silva Bedoya, a partir de la posesión de quien fue nombrado en dicho empleo. Como restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la entidad accionada a reintegrar al actor y al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el 9 de julio de 2018, entre otros conceptos[36].

Finalmente, precisó que con la demanda, el actor, quien actúa a través de apoderado, no presentó solicitud de medida cautelar ni a la fecha ha recibido petición al respecto[37].

Respuesta de la Procuraduría General de la Nación

Esa entidad informó el 14 de febrero de 2019, vía correo electrónico, que el actor no es servidor público adscrito a esa entidad y que además, en su historia laboral están consignadas las siguientes incapacidades[38]:

EPS

Causa

Días

Fecha inicial

Comfenalco

Enfermedad general

1

21 de enero de 2009

Comfenalco

Enfermedad general

1

28 de agosto de 2009

Comfenalco

Enfermedad general

1

24 de mayo de 2010

Comfenalco

Enfermedad general

6

30 de mayo de 2010

Comfenalco

Enfermedad general

4

4 de junio de 2010

Comfenalco

Enfermedad general

2

1 de septiembre de 2010

Comfenalco

11

28 de julio de 2012

Comfenalco

Enfermedad general

15

8 de agosto de 2012

Comfenalco

Enfermedad general

14

23 de agosto de 2012

SURA

Dolor en el pecho

7

8 de noviembre de 2014

SURA

Porfirias

13

22 de septiembre de 2015

SURA

Porfirias

30

10 de marzo de 2016

SURA

Porfirias

21

9 de abril de 2016

SURA

Porfirias

7

30 de abril de 2016

El despacho de la Magistrada Sustanciadora, con la finalidad de conocer la situación actual del actor relacionada con su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, con fundamento en los principios de informalidad y celeridad que orientan el trámite procesal de la acción de tutela, accedió el 7 de febrero de 2019 al Registro Único de Afiliados-RUAF[39], administrado por el Ministerio de Salud y Protección Social y pudo establecer que el accionante: i) está afiliado a la EPS SURA como cotizante principal en el régimen contributivo; ii) se encuentra activo y cotizante en COLPENSIONES; y, iii) está vinculado a la Caja de Compensación Familiar COMFENALCO Antioquia como trabajador afiliado dependiente.

De otra parte, mediante Auto de 8 febrero de 2019, el despacho de la Magistrada Sustanciadora decretó pruebas de oficio con la finalidad ahondar en la situación económica del actor, especialmente en lo relacionado con la fuente de ingresos personales y familiares.

Respuesta de John Jair Silva Bedoya

El accionante radicó el 13 de febrero de 2019, vía correo electrónico, un documento en el que expresó lo siguiente[40]:

i) Fue desvinculado de la Procuraduría General de la Nación en julio de 2018, no tiene ingresos fijos. Debido a su enfermedad no ha conseguido empleo, situación que le genera estrés y depresión debido a que no cuenta con dinero para suplir sus necesidades y las de su familia.

ii) La fuente de sus ingresos económicos personales y familiares ha sido la liquidación de las prestaciones sociales con ocasión de su desvinculación de la Procuraduría General de la Nación, al igual que la venta de "(…) dos cadenas, dos pulseras, dos anillos de oro, además he recibido colaboración de algunos familiares y amigos."[41]

iii) El 26 de abril de 2018, adquirió un apartamento en la ciudad de Medellín por un valor de $92.000.000.oo, en el que vive actualmente con su familia. Para el pago del mencionado

inmueble, solicitó un préstamo bajo la modalidad de libranza con el banco BBVA por un valor de $70.000.000.oo, retiró sus cesantías y utilizó sus ahorros. Manifestó que no cuenta con ingresos para pagar la cuota mensual del crédito adquirido con la entidad bancaria, por lo que tiene en venta el predio mencionado. Expresó que en ocasiones recibe llamadas y mensajes de texto por parte del banco para su pago oportuno.

iv) Sus gastos mensuales al igual que los de su familia, ascienden a $3.278.000.oo, que incluyen la cuota del préstamo con la entidad bancaria, el mercado, los servicios públicos, la administración y transporte entre otros. Estos costos no los ha podido cubrir de forma completa desde que fue desvinculado de la entidad accionada, por lo que ha acudido a la ayuda de familiares y amigos.

v) Está afiliado a la EPS SURA como trabajador independiente y su pago, que se realiza sobre la base de 1 salario mínimo asciende a $224.000, lo efectúan sus hermanos para continuar con el tratamiento de su enfermedad. Indicó que no cuenta con el servicio de medicina prepagada ni plan complementario.

vi) Se encuentra afiliado y activo a COLPENSIONES. Sin embargo, expresó que "(…) eso me preocupa, pues me bajaría el promedio para acceder a mi pensión de vejez una vez cumpla los requisitos legales para ello."[42].

vii) Sus hermanos le pagan los aportes a salud y pensión y también le ayudan con mercado, pago de servicios públicos "(…) las necesidades de su hija, como pasajes, alimentación entre otros."[43].

viii) No está afiliado a Comfenalco y reiteró que desde septiembre de 2018, está afiliado a salud y pensión como independiente, pero insistió en que no trabaja por cuenta de sus padecimientos de salud.

Respuesta de la Caja de Compensación Comfenalco Antioquia

La mencionada institución radicó el 20 de febrero de 2018, vía correo electrónico un documento en que certificó que el actor estuvo afiliado a esa entidad entre el 5 de noviembre de 2008 y el 16 de julio de 2018, por parte de la Procuraduría General de la Nación y reportó un salario de $3.873.840[44].

Respuesta de la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES

Esa entidad presentó ante esta Corporación, el 25 de febrero de 2019, escrito mediante el cual informó que el actor es cotizante activo al Sistema General de Seguridad Social en pensión y adjuntó su historia laboral[45].

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos proferidos dentro de la acción de tutela número T-6.998.520, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cuestión previa: Análisis de procedencia en este caso

2. Antes de abordar el estudio de fondo, esta Sala de Revisión analizará la procedencia de la acción de tutela en este asunto. Una vez verifique la demostración de los requisitos de procedibilidad, y si es del caso, formulará el respectivo problema jurídico que permita realizar el examen material de las vulneraciones a los derechos fundamentales invocados.

La legitimación en la causa

3. La legitimación en la causa configura un presupuesto del proceso que permite la constitución de una relación jurídico procesal válida. Es decir, se trata de condiciones que deben existir para que pueda proferirse una decisión cualquiera sobre la demanda[46].

Para esta Corporación, la legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque le permite al juez pronunciarse sobre las pretensiones del actor y las razones de la oposición del demandado, mediante una decisión judicial favorable o desfavorable a cualquiera de las partes. Conforme a lo expuesto, es un requisito que se refiere a una calidad subjetiva en relación con el interés sustancial de quienes participan en el proceso[47].

Legitimación por activa

4. El artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, regula la legitimación para el ejercicio de la acción de tutela. La norma en cita establece que la solicitud de amparo puede ser presentada: i) a nombre propio; ii) a través de representante legal; iii) por medio de apoderado judicial; iv) mediante agente oficioso; o v) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

De acuerdo con lo expuesto, esta Sala encuentra que John Jair Silva Bedoya, es mayor de edad, actúa en nombre propio y acusa la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y al mínimo vital. Por lo tanto, está acreditado el requisito de legitimación en la causa por activa.

Legitimación por pasiva

5. La legitimación en la causa por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite en el proceso[48]. Conforme a los artículos 86 de la Constitución y 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad y frente a particulares.

6. La solicitud de amparo se dirigió contra la Procuraduría General de la Nación, la cual, conforme a los artículos 275 y siguientes de la Constitución es un órgano de control independiente que ejerce la función de Ministerio Público a través del Procurador General de la Nación[49]. Por tal razón, tiene capacidad para ser parte y se encuentra legitimada en la causa por pasiva para actuar en este proceso según los artículos 86 Superior y 13 del Decreto 2591 de 1991[50].

7. Esta Corporación ha reiterado que uno de los principios que rigen la procedencia de la acción de tutela es la inmediatez. De tal suerte que, si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo, es decir, no tiene término de caducidad[51], su interposición debe hacerse dentro un plazo razonable, oportuno y justo[52], debido a que su finalidad es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

No obstante, existen eventos en los que prima facie puede considerarse que la acción de tutela carece de inmediatez y en consecuencia es improcedente, pues ha transcurrido demasiado tiempo entre la vulneración de los derechos fundamentales y la presentación de la solicitud de amparo.

En estos casos en los que ha pasado un tiempo considerable, el análisis de procedibilidad de la petición de protección constitucional se torna más estricto y está condicionado a la verificación de lo siguiente[53]: i) la existencia de razones válidas y justificadas de la inactividad procesal, como podrían ser la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para formular la solicitud de amparo en un término razonable y la ocurrencia de un hecho nuevo[54], entre otros; ii) la vulneración de los derechos fundamentales continúa y es actual; y, iii) la carga de la interposición de la solicitud de amparo en un determinado plazo resulta, de una parte, desproporcionada debido a la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, y de otra, contraria a la obligación de trato preferente conforme al artículo 13 Superior.

11. Ahora bien, la Sala considera que este requisito se cumple en el presente asunto porque mediante oficio número 005065 de 25 de junio de 2018, la entidad accionada le notificó al actor la desvinculación del cargo que desempeñaba, debido a la aplicación de la lista de elegibles y la acción de tutela fue interpuesta el 3 de julio de 2018, por lo que transcurrió menos de un mes entre el presunto hecho vulnerador y la formulación de la solicitud de amparo.

Subsidiariedad

Regla general de improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos

12. El principio de subsidiariedad de la acción de tutela se encuentra consagrado en el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución. De igual manera el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 establece que la solicitud de amparo será improcedente “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”[55]

Este Tribunal, desde sus primeras decisiones, ha considerado que el amparo constitucional no fue consagrado para generar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los

ordinarios o especiales, tampoco para modificar las reglas que fijan los ámbitos de competencia de los jueces, mucho menos para crear instancias adicionales "(…) ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos (…)"[56].

En tal sentido, la acción de tutela "(…) permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos"[57]. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos y que impide el uso indebido de la acción como vía preferente o instancia adicional de protección[58].

La inobservancia de esta carga procesal instituiría al amparo constitucional como un mecanismo de protección paralelo que concentraría en los jueces de tutela todas las decisiones inherentes a los operadores judiciales ordinarios y especializados de las distintas jurisdicciones, con lo cual se vaciarían sus competencias y se desbordarían las funciones que la Carta estableció en el marco del principio de acceso a la administración de justicia[59].

13. Bajo ese entendido, la procedibilidad de la acción de tutela se sujeta a las siguientes reglas: (i) como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario[60]; (ii) la tutela como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia[61]. Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedencia de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos[62].

De esta manera, el juez constitucional al analizar la procedencia de la solicitud de amparo cuando existen mecanismos judiciales ordinarios a los que puede acudir el actor, debe contemplar la existencia de las siguientes excepciones: i) en consonancia con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, cuando se advierta que las vías

ordinarias al alcance del afectado resultan ineficaces para la protección del derecho; y, ii) la posibilidad de acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[63].

14. La primera hipótesis se refiere al análisis de la idoneidad del medio de defensa judicial ordinario previsto en la ley a favor del afectado, el cual no puede realizarse en abstracto sino que debe comprender el estudio de las situaciones particulares que sustentan el caso concreto. De esta manera, podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados[64].

15. De otra parte, la segunda hipótesis tiene el propósito de conjurar o evitar una afectación inminente o grave a un derecho fundamental, por lo que la protección es temporal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991: "[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado".

La concesión del amparo bajo dicha modalidad de protección exige la acreditación de: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de los remedios para la efectiva protección de los derechos en riesgo[65].

En suma, la constatación en abstracto de la existencia de una vía judicial ordinaria no es suficiente para descartar la procedibilidad de la acción de tutela, por lo que el análisis de este requisito exige que el juez constitucional establezca que, de cara a los derechos involucrados y a la situación particular que se revisa, es idónea y suficiente para brindar la protección requerida[66].

16. Ahora bien, esta Corporación ha establecido que el estudio de la procedencia de la tutela cuando el actor pretende controvertir un acto administrativo debe considerar que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, consagró los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. Cuando se trata de la lesión a un derecho subjetivo con ocasión de la expedición de un acto

administrativo, el afectado podrá acudir ante la administración de justicia con el objeto de solicitar la nulidad de tal actuación y del mismo modo sea restablecido su derecho de conformidad al artículo 138 de la citada norma[67]. Por lo tanto, al existir otros mecanismos judiciales para resolver las pretensiones del actor, la tutela se torna improcedente[68].

Bajo ese entendido, la jurisprudencia constitucional ha establecido, por regla general, la improcedencia de la tutela para controvertir actos administrativos[69] en atención a: i) los mecanismos judiciales ordinarios para controvertir las actuaciones de la administración establecidos en el ordenamiento jurídico; ii) la presunción de legalidad que las reviste; y, iii) la posibilidad de que, a través de las medidas cautelares, se adopten remedios idóneos y eficaces de protección de los derechos en ejercicio de los mecanismos ordinarios[70]. A continuación, la Sala presentará una breve descripción del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y la posibilidad de la suspensión provisional del acto administrativo objeto de censura.

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y la posibilidad de la suspensión provisional del acto administrativo

17. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA[71] estableció como medio de control de las actuaciones de la administración la nulidad y restablecimiento del derecho. Según el artículo 138 de la citada normativa "(…) toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho".

De igual forma, con base en la remisión al segundo inciso del artículo 137 de la misma ley, la nulidad procede cuando el acto administrativo:

"haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió".

18. En Sentencia SU-355 de 2015[72] este Tribunal analizó las principales modificaciones de la nueva codificación de lo contencioso administrativo. Particularmente, se refirió a las

medidas cautelares contenidas en el capítulo IX del título V de la parte Segunda de ese cuerpo normativo, que reguló su procedencia, tipología y trámite para la adopción por parte del juez administrativo.

De esta manera, el ámbito de aplicación de las medidas cautelares, conforme al artículo 229 del CPACA, se extiende a todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Conforme a lo anterior, el juez puede decretarlas a petición de parte, antes de la notificación del auto admisorio o en cualquier estado del trámite, cuando las estime necesarias para la protección y garantía provisional del objeto proceso o para la efectividad de la sentencia.

El artículo 230 de esa norma estableció que las medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, lo que habilita al juez para adoptar una o varias de las siguientes decisiones: (i) mantener una situación o restablecerla al estado en el que se encontraba antes de la conducta que causó la vulneración o la amenaza; (ii) suspender un procedimiento o una actuación de cualquier naturaleza, incluso de naturaleza contractual; (iii) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; (iv) ordenar la adopción de una decisión por parte de la administración o la realización o demolición de una obra; y (v) impartir órdenes o imponer obligaciones de hacer o no hacer a cualquiera de las partes en el proceso correspondiente.

El artículo 231 fija condiciones especiales para la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuando se pretenda su nulidad. En tal caso, dicha solicitud procede por la violación de las normas invocadas en la demanda o en la solicitud que en escrito separado se formule, siempre que la infracción surja del análisis de la decisión que se demanda y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas aportadas con la solicitud. En ese contexto, si además de la suspensión provisional se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios, será necesario probar de forma sumaria la existencia de aquellos.

El artículo 232 consagró que el solicitante deberá prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar. Sin embargo, estableció que no se requerirá caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los

actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

De otra parte, las medidas cautelares pueden ser ordinarias o de urgencia. Las primeras podrán adoptarse antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso y para ello debe seguirse un procedimiento compuesto por varias etapas; regulado por el artículo 233 del CPACA.

En efecto, el juez o magistrado al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre la misma dentro del término de 5 días, el cual corre de forma independiente al de la contestación de la demanda.

Cuando la solicitud es presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la parte demandada al día siguiente de su recepción de acuerdo con lo establecido en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 110 del Código General del Proceso[73].

La providencia que resuelva sobre las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del término que tiene el demandado para pronunciarse en relación con aquellas. En esa decisión, también se fijará la caución que deberá prestar el demandante. Una vez ha quedado en firme el auto que acepta la caución prestada, la medida cautelar podrá hacerse efectiva. Si la petición se formuló en audiencia, se correrá traslado durante la misma a la otra parte y el juez podrá decretarla en esa diligencia.

Si la medida fue negada, podrá solicitarse nuevamente siempre que existan hechos sobrevinientes y se cumplan las condiciones para su decreto. Contra esta providencia no procede ningún recurso.

En relación con las segundas, es decir, las medidas cautelares de urgencia, el Código prevé que desde el momento en que se presente una solicitud en ese sentido y, sin necesidad de notificar previamente a la otra parte, la autoridad judicial puede adoptar una medida cautelar cuando, verificadas las condiciones generales previstas para su procedencia, evidencie que por la urgencia que se presenta no puede agotarse el trámite descrito previamente. En ese sentido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 234 del

CPACA, dicha decisión será susceptible de los recursos a los que haya lugar y la medida decretada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en la providencia que la ordena.

De acuerdo a lo expuesto, la Corte en Sentencia SU-691 de 2017[74] expresó que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta con los instrumentos procesales idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos fundamentales, materializados en el conocimiento del asunto por jueces especializados y el decreto de medidas cautelares de protección.

No obstante, lo anterior no implica de ninguna manera la improcedencia automática de la acción de tutela, puesto que los jueces constitucionales tienen la obligación de establecer, de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la idoneidad y la eficacia, en concreto, de los medios judiciales ordinarios y extraordinarios con atención a las circunstancias particulares del actor.

19. En suma, el ordenamiento jurídico ha dispuesto como medio de control de las actuaciones de la administración la nulidad y restablecimiento del derecho, la cual prevé dentro de su estructura procesal, la posibilidad de decretar medidas cautelares que pueden comprender la suspensión provisional del acto objeto de reproche.

20. En el presente asunto, la Sala encontró demostrado que: i) el actor fue desvinculado de la entidad accionada en el cargo que ocupaba en provisionalidad; ii) está afiliado Sistema General de Seguridad Social en salud y pensión; iii) sus necesidades personales y de su familia han sido solventadas con dineros provenientes de su liquidación laboral, la venta de objetos suntuarios y una red familiar de apoyo; iv) su hija realiza estudios universitarios y se encuentra afiliada al régimen contributivo en salud como trabajadora dependiente; v) el accionante tiene un inmueble de su propiedad; y vi) inició medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Procuraduría General de la Nación en el que no solicitó la práctica de medidas cautelares. De igual forma, el actor padece de “corproporfiria y porfiriìa” enfermedad que, según el peticionario, es huérfana, ruinosa y catastrófica.

Bajo ese entendido, la verificación del presupuesto de subsidiariedad en este caso comprende el análisis de la idoneidad y la eficacia de los mecanismos judiciales ordinarios dispuestos por el ordenamiento jurídico para conjurar la presunta vulneración de los

derechos fundamentales invocados con especial observancia de la condición personal, familiar y económica del actor, con la finalidad de establecer la afectación o el riesgo de vulneración de sus garantías superiores y la proporcionalidad de la carga de continuar el proceso ante la jurisdicción contenciosa administrativa. En igual sentido, dicho estudio comprenderá el examen de procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, es decir, si en este caso se configura la existencia de un perjuicio irremediable que habilite la intervención de juez de tutela, aun cuando existe un proceso judicial vigente, en el que no se ha solicitado la práctica de medidas cautelares.

21. Conforme a lo expuesto, la Sala encuentra que no se acreditó el requisito de subsidiariedad, por lo que la solicitud de amparo de la referencia se torna improcedente con fundamento en las razones que se exponen a continuación:

21.1. El nivel de vulnerabilidad del accionante y su grupo familiar, no reviste un riesgo inminente, sino que se encuentra en un grado tolerable en términos ius fundamentales, en atención a que:

i) El actor se encuentra activo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, específicamente en el régimen contributivo, afiliado a la EPS SURA como cotizante y trabajador independiente, con lo cual el tratamiento de su enfermedad no se ha interrumpido con ocasión del despido por parte de la entidad accionada.

iii) El peticionario se encuentra afiliado y activo a COLPENSIONES y sus aportes los realiza sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente.

iv) La situación económica del accionante y su grupo familiar no es precaria, puesto que ha podido solventar sus necesidades básicas mediante los recursos percibidos de la terminación del vínculo laboral con la entidad accionada, ahorros, venta de artículos suntuarios y a través de una sólida red familiar de apoyo, ya que, según lo relatado por el solicitante, sus hermanos pagan los aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensión y salud. Adicionalmente, cuenta con un inmueble de su propiedad en la ciudad de Medellín, lo que garantiza la vivienda digna.

v) Formuló, a través de apoderado, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo que el acceso a la

jurisdicción de lo contencioso administrativa para controvertir la actuación administrativa de desvinculación no representó una carga injustificada y desproporcionada, particularmente por su condición de salud.

vi) Se demostró que el actor y su hija padecen de “coproporfiria”, “porfiria” y “harderoporfiria”, respectivamente, enfermedades de origen genético que afectan gravemente su estado de salud, por lo que prima facie, hacen parte de un grupo de especial protección constitucional. Sin embargo, dicha situación no es suficiente para acreditar la procedencia de la acción de tutela, bajo el entendido de que, tal y como se demostró previamente, la situación del actor no reviste un escenario de vulnerabilidad que represente un riesgo inminente en las garantías superiores invocadas en la tutela.

21.2. El accionante cuenta con un mecanismo judicial ordinario y eficaz para controvertir el acto administrativo de desvinculación al cual acudió durante el trámite del presente amparo. En efecto, en sede de Revisión, la Sala encontró que el actor promovió a través de apoderado judicial medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la entidad accionante el 5 de diciembre de 2018. El Juzgado 12 Administrativo Oral de Medellín admitió la demanda el 14 de ese mismo mes y año. Sin embargo, ese despacho certificó que el demandante no solicitó el decreto de medidas cautelares.

En esa perspectiva, la Sala considera que el accionante acudió a la jurisdicción contenciosa administrativa en uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual para este caso particular, resulta idóneo porque: i) los supuestos de nulidad previstos en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 comprenden las acusaciones formuladas en sede de amparo contra la decisión de desvinculación adoptada por la entidad accionada; y ii) aún cuenta con la posibilidad de solicitar el decreto de medidas cautelares, las cuales pueden pedirse en cualquier momento y tienen la finalidad de garantizar provisionalmente el objeto del proceso o la efectividad de la sentencia.

De esta manera, para la Sala, la carga procesal del actor de solicitar el decreto de medidas cautelares ante el Juzgado 12 Administrativo Oral de Medellín, no es desproporcionada por las siguientes razones: i) previamente se demostró que el peticionario no se encuentra en una situación de riesgo inminente porque atiende sus necesidades básicas con recursos derivados de la terminación de su vínculo laboral con la entidad accionada, la venta de

bienes suntuarios y el apoyo económico de sus familiares, lo que le permite tener vigente su afiliación al sistema general de seguridad social en salud y pensión. Adicionalmente, es propietario de un apartamento en la ciudad de Medellín, por lo que tiene garantizado el derecho a una vivienda digna.

De igual forma, ii) la actual afiliación al sistema general en salud, no genera un riesgo para la vida del actor, en atención a que el tratamiento de su enfermedad no se ha visto interrumpido; y, finalmente, iv) su hija tiene 26 años, realiza estudios universitarios, cursa el semestre de práctica en una empresa y está afiliada al sistema de salud, por lo que tampoco se encuentra en una situación de riesgo inminente.

En ese sentido, la Sala precisa que el actor está en capacidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, como en efecto lo hizo, y solicitar el decreto de medidas cautelares bien sea ordinarias o de urgencia, las cuales, como se expuso con antelación, proceden para esta clase de eventos, tienen un trámite establecido y, en este caso, no requiere la constitución de caución judicial. Bajo esa perspectiva, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y la posibilidad del decreto de medidas cautelares son resistibles para el solicitante y configuran un mecanismo eficaz para la protección de las garantías invocadas, puesto que en cualquier momento del proceso puede pedir la suspensión de los efectos de la actuación administrativa que presuntamente lesionó los derechos fundamentales invocados en la tutela.

De otra parte, la verificación del requisito de subsidiariedad en este caso no solo comprende el análisis de idoneidad del medio judicial, sino también su vigencia, puesto que como se advirtió previamente, existe un proceso judicial que cursa ante el Juzgado 12 Administrativo Oral de Medellín. En ese sentido, la Sala reitera que la tutela también se torna improcedente cuando existe un proceso judicial vigente en el que se debaten los asuntos que dieron lugar a las vulneraciones. Por tal razón, el amparo constitucional debe ceder ante el mecanismo ordinario de defensa dispuesto en el sistema normativo, de tal forma que el juez natural, dentro de su autonomía y con sujeción estricta a las garantías constitucionales del proceso, tenga oportunidad de conjurar la vulneración de los derechos fundamentales invocados[76].

De esta manera, la acción de tutela no puede desplazar los recursos ordinarios y

extraordinarios que están al alcance del actor, en especial cuando fueron utilizados y el proceso judicial está en curso y bajo el conocimiento del juez natural de la causa, pues la vulneración de los derechos fundamentales invocada puede ser conjurada mediante los instrumentos procesales dispuestos para tal fin por la legislación[77]. Ahora bien, cuando la situación de afectación o amenaza de las garantías superiores no pueda ser conjurada en el marco del trámite judicial, justifica la intervención urgente del juez de tutela, bien sea de manera definitiva o transitoria.

Esta Corporación en Sentencia T-211 de 2009[78], insistió en que las etapas, los recursos y los procedimientos de un diseño procesal específico, son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales. En ese sentido, el medio judicial por excelencia para la preservación de los derechos es el proceso, pues se trata de un escenario en el que el afectado cuenta con todas las herramientas necesarias para remediar la afectación de sus garantías superiores.

En suma, el actor fundamentó su pretensión en la desvinculación laboral ordenada por la entidad accionada, por lo que dispone de la jurisdicción contenciosa administrativa a la cual efectivamente acudió, para controvertir la actuación que presuntamente genera las vulneraciones a los derechos fundamentales invocados, pues se trata de un escenario procesal vigente regido por el principio de oralidad, la posibilidad de solicitar medidas cautelares, amplios términos probatorios y una serie de recursos procedimentales para censurar las decisiones judiciales que le sean adversas.

De igual manera, la Sala reitera que en este caso, la formulación del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la entidad accionada para debatir el acto de desvinculación y la vigencia de su trámite no configura para el actor una carga injustificada y desproporcionada, por el contrario, desvirtúa que se encuentre en un nivel intolerable de vulnerabilidad y a su vez, debilita el fundamento de la intervención del juez constitucional en el presente asunto.

21.3. El actor no logró acreditar la existencia de un perjuicio irremediable que permita avalar la procedencia del amparo como mecanismo transitorio. En efecto, en el escrito de tutela no se evidencia que el accionante haya demostrado alguna circunstancia que configure la presunta ocurrencia de un perjuicio irremediable para él, su hija o algún otro

miembro de su familia, ya que, no se acreditó: i) la afectación inminente de los derechos fundamentales invocados por el actor, puesto que están afiliados al sistema de salud y pensión; ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación, en particular por la situación económica, médica y familiar descrita, debido a que cuentan con dinero proveniente de la terminación del vínculo laboral con la entidad accionada, con una red de apoyo familiar, bienes muebles suntuarios y apartamento de su propiedad. De esta manera, no se acreditó una potencial afectación al mínimo vital del actor. En efecto, La Corte ha entendido dicha garantía como:

"(…) la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional"[79].

Conforme a lo expuesto, en Sentencia T-678 de 2017[80], este Tribunal reiteró que el mínimo vital se fundamenta en el concepto de dignidad humana y configura un presupuesto básico para garantizar las condiciones mínimas de subsistencia del individuo. De esta forma, se trata de un postulado que se proyecta en otros derechos fundamentales como la vida (art. 11 C.P.), la salud (art. 49 C.P.), el trabajo (art. 25 C.P.) y la seguridad social (art. 48 C.P.), entre otros.

De esta manera, se trata de una garantía superior que no comporta un carácter cuantitativo sino cualitativo, por lo que su protección no se sustenta en la demostración de un determinado ingreso económico, sino que además, debe tener la virtualidad de producir efector reales en la satisfacción de las condiciones mínimas de subsistencia de la persona[81].

En Sentencia SU-691 de 2017[82] la Corte expresó que el derecho al mínimo vital garantiza el acceso a condiciones básicas y dignas de existencia para el desarrollo del individuo. En tal sentido, la procedencia de la acción de tutela en casos de personas desvinculadas de sus empleos públicos, debe analizarse a partir de la existencia de otros medios de subsistencia, como "(…) los bienes inmuebles de su propiedad, la ayuda económica de sus cónyuges y/o ingresos recibidos por concepto de cesantías, indemnizaciones, liquidaciones u otros."

Bajo esa perspectiva, no se acreditó el perjuicio irremediable en materia del mínimo vital del actor y su familia, puesto que se demostró que sus necesidades básicas no han sido afectadas, pues han contado con ahorros, el pago derivado de la terminación del vínculo laboral con la entidad accionada y el apoyo de su red familiar, lo que le ha permitido solventar sus necesidades básicas y mantener su afiliación al sistema de seguridad social en salud y pensión, por lo que el tratamiento de sus padecimientos no ha sido interrumpido.

Adicionalmente, la ausencia de solicitud de medidas cautelares en el medio de control que conoce el Juzgado 12 Administrativo de Oralidad de Medellín, demuestra que su situación no es apremiante y puede soportar las resultas del proceso iniciado ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Tampoco demostró iii) la gravedad del perjuicio, pues el peticionario cuenta con recursos económicos y el tratamiento de su enfermedad no ha sido interrumpido, ya que su afiliación al sistema de salud está vigente; ni, iv) el carácter impostergable de las medidas para la protección efectiva de los derechos en riesgo, en el sentido de que la situación personal, familiar y económica del solicitante, así como el trámite judicial en el que no pidió la práctica de medidas de protección, no justifican la inmediata intervención del juez de tutela de forma transitoria. En consecuencia, la Sala declarará la improcedencia del amparo solicitado.

Conclusiones

22. Esta Sala de Revisión conoció la acción de tutela formulada por el señor John Jair Silva Bedoya contra la Procuraduría General de la Nación por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social y al mínimo vital con ocasión de la terminación de su vinculación en provisionalidad en esa entidad "(…) por agotamiento de la lista de Elegibles (sic)".

23. Antes de abordar el estudio de fondo, la Sala analizó la procedencia de la acción de tutela en el presente asunto. Tras verificar el cumplimiento de los requisitos de legitimación en la causa por activa y pasiva, así como la inmediatez, examinó particularmente el presupuesto de subsidiariedad.

En tal sentido, reiteró la regla general de improcedencia, particularmente cuando la solicitud de amparo tiene como propósito controvertir actos administrativos. De igual forma,

insistió en los fundamentos de procedibilidad de la tutela cuando no existen mecanismos judiciales ordinarios o, ante su existencia, se demuestra que no son idóneos ni eficaces para la protección de los derechos, al igual que, cuando la acción constitucional es utilizada para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Bajo ese entendido, analizó la naturaleza jurídica del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como mecanismo judicial idóneo que se surte ante la jurisdicción contenciosa administrativa y permite controvertir actos administrativos y obtener el resarcimiento por los perjuicios sufridos con ocasión de estas. Precisó que en desarrollo de éste, se contempla la posibilidad de solicitar y decretar medidas cautelares que permiten la suspensión de las actuaciones administrativas reprochadas.

24. En el caso concreto, la Sala encontró que no se acreditó el requisito de la subsidiariedad en atención a que:

24.1. El actor y su hija padecen una enfermedad ruinosa que, prima facie, los ubica en un grupo de especial protección constitucional. Sin embargo, no se encuentran en un riesgo inminente porque: i) están afiliados al sistema de seguridad social en salud y pensión; ii) cuentan con recursos económicos provenientes de la liquidación laboral, ahorros, ventas de artículos suntuarios y de una red de apoyo familiar; y iii) tienen un inmueble propio que les garantiza una vivienda digna.

24.2. El solicitante utilizó, a través de apoderado, los mecanismos judiciales ordinarios dispuestos en el ordenamiento jurídico, particularmente el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la resolución que ordenó su desvinculación y que presuntamente vulneró los derechos fundamentales invocados. Dicho trámite cursa actualmente en el Juzgado 12 Administrativo Oral de Medellín y no se ha presentado solicitud para el decreto de medidas cautelares de suspensión del acto reprochado.

Para la Sala, dicha situación desvirtúa que el actor y su familia se encuentren en una situación apremiante y debilita el fundamento de la intervención del juez constitucional, particularmente cuando está en curso el proceso ante la jurisdicción contenciosa administrativa y no fueron pedidas medidas cautelares. Bajo esa perspectiva, la Sala concluyó que la continuación del trámite judicial ante el juez natural no configura una carga injustificada y desproporcionada para el peticionario, puesto que no se configuró un riesgo

inminente para las garantías superiores del accionante y cuenta con la posibilidad de acudir, en el momento procesal oportuno, a los mecanismos procesales dispuestos por el ordenamiento jurídico para tal fin, los cuales, en este caso, son idóneos y eficaces, pues le permiten conjurar las afectaciones a los derechos fundamentales invocados, a través de la solicitud de medidas cautelares (ordinarias o urgentes) en los términos del CPACA.

24.3. El peticionario no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que habilitara la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, particularmente no demostró que: i) la afectación a los derechos fundamentales invocados fuera inminente y grave; ii) la necesidad de medidas urgentes para garantizar el mínimo vital del actor y su grupo familiar, puesto que ha podido solventar sus necesidades básicas, especialmente la afiliación al sistema general de seguridad social en salud y pensión, mediante ahorros, la liquidación proveniente de la terminación del vínculo laboral con la entidad accionada, la venta de artículos suntuarios y el apoyo familiar. De igual manera, está garantizado el derecho a una vivienda digna, en el sentido de que es propietario de un apartamento en la ciudad de Medellín. Finalmente, tampoco acreditó iii) el carácter impostergable de los remedios ius fundamentales, en especial, porque no solicitó el decreto de medidas cautelares en el proceso que actualmente se tramita ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

25. Con base en lo anterior, la Sala revocará la decisión de segunda instancia que confirmó la de primera que había negado la tutela y, en su lugar, declarará improcedente el amparo solicitado.

III. DECISIÓN

Con fundamento en lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la Sentencia de 23 de agosto de 2018, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez había confirmado la providencia de 24 de julio del mismo año, emitida por la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Medellín, las cuales negaron la tutela de los derechos

fundamentales invocados por el actor. En su lugar, DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo solicitado por el señor John Jair Silva Bedoya.

SEGUNDO.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Folio 2 cuaderno principal.

[2] Folio 7 cuaderno de pruebas anexo.

[3] Folio 1 cuaderno principal.

[4] Folio 1v cuaderno principal.

[5] Ibidem.

[6] Folio 49 cuaderno de Revisión.

[7] Ibidem.

[8] Ibidem.

[9] Ibidem.

[10] Ibidem.

[11] Folios 444 cuaderno principal.

[12] Folios 1v-2 cuaderno principal.

[13] Folio 2 cuaderno principal.

[14] Folio 2 cuaderno principal.

[15] Ibidem.

[16] Folio 4v cuaderno principal.

[17] Folios 466-469 cuaderno principal.

[18] Citó las Sentencias SU-446 de 2011, T-326 de 2014 y T-186 de 2013.

[19] Folio 468 cuaderno principal.

[20] Folio 469 cuaderno principal.

[21] Ibidem.

[22] Folios 471-472 cuaderno principal.

[23] Folio 471v cuaderno principal.

[24] Folios 490-506 cuaderno principal.

[25] Folio 505 v cuaderno principal.

[26] Folios 510-513 cuaderno principal.

[27] Folio 510v cuaderno principal.

[28] Ibidem.

[29] Folio 511v cuaderno principal.

[31] Folios 5-11 cuaderno de impugnación

[32] Folio 8 cuaderno de segunda instancia.

[33] Folios 8v cuaderno de segunda instancia.

[34] Folio 46 cuaderno de Revisión.

[35] Folio 101 cuaderno de Revisión.

[36] Folios 108 y siguientes cuaderno de Revisión.

[37] Folio 105 cuaderno de Revisión.

[38] Folios 192-204 cuaderno de Revisión.

[39] Disponible en: https://ruaf.sispro.gov.co/AfiliacionPersona.aspx, consultada el 7 de febrero de 2019.

[40] Folios 234-239 cuaderno de Revisión.

[41] Folio 234 cuaderno de Revisión.

[42] Folio 234v cuaderno de Revisión.

[43] Ibidem

[44] Folio 243 cuaderno de Revisión.

[45] Folios 221-231 cuaderno de Revisión.

[46] Vescoví, E. Teoría General del Proceso. Temis, 1984, pág. 93.

[47] Sentencias T-416 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-1191 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-799 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, reiteradas en la sentencia T-770 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

[48] Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-373 de 2015 y T-098 de 2016 ambas con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

[49] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 22 de marzo de 2018, radicado 0606-17 C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

[50] Decreto 2591 de 1991. Artículo 13: "Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior."

[51] Sentencia T-805 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

[52] Sentencia T-834 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-887 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

[53] Sentencia T-485 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[54] Sentencias T-1009 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-299 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

[55] Sentencia SU-041 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[56] Sentencia T-001 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[57] Sentencia T 580 de 2006. M. P. Manuel José Cepeda.

[58] Sentencia SU-498 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[59] Sentencia SU-298 de 2015 M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

[60] Sentencias T–800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T–859 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas.

[61] Sentencias T–800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio., T–436 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas, y T–108 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

[62] Sentencias T–328 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-456 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería, y T-789 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-014 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

[63] Sentencia SU-498 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[64] Sentencia SU-498 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[65] Sentencias: T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-789 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiteradas en la Sentencia SU-498 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[66] Ibidem.

[67] El Artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala: "Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel."

[68] Sentencia T-703 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[69] Ver sentencias T-324 de 2015 M.P. Maria Victoria Calle Correa, sentencia T-972 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, sentencia T-060 de 2013 M.P. Mauricio González Cuervo.

[70] Sentencia SU-498 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[71] Ley 1437 de 2011

[72] M.P. Mauricio González Cuervo.

[73] "ARTÍCULO 110. TRASLADOS. Cualquier traslado que deba surtirse en audiencia se cumplirá permitiéndole a la parte respectiva que haga uso de la palabra.

Salvo norma en contrario, todo traslado que deba surtirse por fuera de audiencia, se surtirá en secretaría por el término de tres (3) días y no requerirá auto ni constancia en el expediente. Estos traslados se incluirán en una lista que se mantendrá a disposición de las partes en la secretaría del juzgado por un (1) día y correrán desde el siguiente."

[74] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[75] Nació el 21 de enero de 1993. Ver folio 49 cuaderno de Revisión.

[76] Sentencia T-589 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[77] Sentencia T-1035 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[78] M.P. Luís Ernesto Vargas Silva. Reiterada en la Sentencia SU-041 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[79] Sentencia SU-995 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[80] M.P. Carlos Bernal Pulido.

[81] Sentencia T – 891 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, reiterado en la Sentencia T-678 de 2017 M.P. Carlos Bernal Pulido.