

Sentencia T-859/10

ACCION DE TUTELA-Caso en el que se solicita el pago de indemnización por supresión del cargo

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial/ACCION DE TUTELA-Inexistencia de perjuicio irremediable

Referencia: expediente T-2.704.045

Demandante: María Antonia Arévalo Sierra

Demandado: Fiduciaria La Previsora S.A.

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Cuarta, Subsección B- que, a su vez, revocó el dictado por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Zipaquirá, en relación con el recurso de amparo constitucional promovido por María Antonia Arévalo Sierra contra la Fiduciaria La Previsora S.A.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El 16 de marzo de 2010, la señora María Antonia Arévalo Sierra acudió a la acción de tutela en procura de obtener la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al mínimo vital, presuntamente transgredidos por la Fiduciaria La Previsora S.A., al negarse a reconocer a su favor, una indemnización como

consecuencia de la supresión del cargo de carrera administrativa que, desde hace más de 28 años, ocupaba en provisionalidad en la E.S.E. San Juan de Dios de Zipaquirá -en liquidación-.

La situación fáctica que fundamenta la invocación del amparo estatuido en el artículo 86 Superior, es la que seguidamente se expone:

## 2. Hechos Relevantes

2.1. La actora se encontraba vinculada a la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá desde el 17 de diciembre de 1980 en calidad de auxiliar de enfermería, mediante contrato de trabajo a término indefinido.

2.2. A través de la Resolución No. 0627, del 22 de agosto de 2006, su cargo fue incorporado a la planta de personal de la mencionada Empresa Social del Estado bajo la denominación de 'auxiliar del área de salud', cuyo código correspondía al número 412, conforme a los ajustes que del sistema de nomenclatura, la clasificación de las funciones y los requisitos generales, exigía el Decreto No. 785, del 17 de marzo de 20051.

2.3. Con posterioridad, luego de evaluar la gestión administrativa de la E.S.E. San Juan de Dios de Zipaquirá y advertir sobre el considerable aumento del déficit presupuestal anual que, a la postre, produciría graves traumatismos en la eficiente prestación de los servicios para los cuales estaba habilitada, el Gobernador de Cundinamarca, mediante Decreto Departamental No. 00000269, del 12 de noviembre de 2009, ordenó la supresión y la consiguiente liquidación de la entidad<sup>2</sup>, además de lo cual designó como su liquidador a la sociedad fiduciaria pública denominada Fiduciaria La Previsora S.A.

En el citado Decreto, también se dispuso la terminación de los vínculos legales, reglamentarios o contractuales, según sea el caso, de los servidores públicos, con excepción de aquellos que, por la naturaleza de sus funciones, deban acompañar el proceso de liquidación y de quienes acrediten la condición de prepensionados, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica o discapacitados, que, en todo caso, permanecerán en planta hasta la culminación del proceso de liquidación.

Del mismo modo, se estipuló el pago de las indemnizaciones, obligaciones y liquidaciones de

personal, con cargo a los recursos establecidos en el Convenio de Desempeño No. 419 de 2007 y sus modificatorios, suscritos entre el Ministerio de la Protección Social y el Departamento de Cundinamarca.

2.4. A su turno, por medio de la expedición de los Decretos Departamentales Nos. 00000271 y 00000292, del 12 y 17 de noviembre de 2009, respectivamente, se suprimieron, a partir de la primera de las fechas y con las anotadas excepciones, los empleos de la planta de personal de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá -en liquidación-, entre los que se encontraba el cargo denominado 'auxiliar del área de salud', con código 412, perteneciente al nivel asistencial.

Particularmente, en el Decreto No. 00000271, se estableció que, a causa de la supresión de los empleos, quienes estuviesen inscritos en el escalafón público de carrera administrativa o que demostrasen el goce de los derechos inherentes a la misma, podrían optar por recibir la indemnización de que trata el parágrafo 2º del artículo 44 de la Ley 909 de 20043, o por ser reincorporados a empleos de carrera igual o equivalente al suprimido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 760 de 20054, o acudir a la Comisión de personal para los fines previstos en los literales d) y e) del artículo 16 de la Ley 909 de 20045.

Allí también, valga anotar, se delegó la facultad de comunicar la novedad de supresión de los cargos, en el agente liquidador designado y contratado.

Lo anterior, según la parte considerativa de dicho acto administrativo, tuvo como fundamento la hoja de vida de la trabajadora y los documentos anexos que reposaban en la entidad hospitalaria objeto de liquidación, los cuales, una vez revisados, dieron cuenta de su vinculación en un cargo de carrera administrativa ocupado en provisionalidad; cuestión que, indefectiblemente, condujo a que no se le reconociera como titular de ninguna de las prerrogativas propias de los inscritos en el escalafón público de carrera administrativa en casos de supresión de cargos, mucho menos, cuando no pudo acreditarse, siquiera sumariamente, que gozaba de aquellas.

2.6. Así las cosas, el que se le hayan liquidado sus prestaciones sociales con prescindencia de la indemnización prevista a favor de los inscritos en carrera administrativa, en sentir de la actora, al tiempo que desconoce injustamente el considerable interregno durante el cual estuvo vinculada a la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá, supone la vulneración,

por entero, de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso administrativo, al trabajo y al mínimo vital, pues, dicho sea de paso, era titular de lo que la jurisprudencia constitucional denomina estabilidad laboral reforzada, en este caso, amparada por una expectativa legítima y objetiva, relacionada precisamente con el disfrute de los derechos de carrera administrativa por el transcurso del tiempo.

### 3. Consideraciones de la demanda

3.1. A la luz del escenario anteriormente descrito, la demandante inicia por señalar que, si bien la carrera administrativa, en cuanto regla general delineada por la Constitución Política para el manejo del elemento humano en la función pública, cuyo sustento única y exclusivamente recae en el criterio del mérito y en la institución del concurso público como mecanismo para garantizar la selección fundada en la capacidad e idoneidad de los aspirantes, lo cierto es que, por el simple hecho de haber desempeñado en provisionalidad un cargo de carrera, debería otorgársele un reconocimiento especial, más aún, si transcurrieron 28 años vinculada en tal modalidad.

3.2. Inclusive, asegura que en distintas ocasiones, con arreglo al Acto Legislativo No. 01 de 20086, solicitó su inscripción extraordinaria en el escalafón público de carrera administrativa, sobre la base de su vinculación en provisionalidad a la administración pública con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, siendo, sin embargo, infructuoso su pedimento, merced a la declaratoria de inconstitucionalidad del mencionado Acto.

3.3. Con todo, nuevamente hace énfasis en el tiempo laborado en la entidad, para con ello significar la irregularidad de que fue objeto por parte de la misma, en tanto nunca proveyó el cargo que ocupaba por vía del concurso de méritos, como era su deber.

De ahí que, entonces, arguya su derecho a recibir la indemnización a consecuencia de esa irregularidad, y como reivindicación por el prolongado ejercicio de un cargo que, en todo caso, pertenecía a la carrera administrativa.

3.4. Pero no solamente dicha circunstancia, apunta la actora, permite que la protección constitucional sea factible. De hecho, en complemento de lo expuesto, agrega que tiene 50 años de edad y que se encuentra excluida del mercado laboral activo, por fuera de lo cual manifiesta que de no accederse a la indemnización, sus prestaciones se verían diezadas a

tal punto que no le alcanzarían para pagar sus obligaciones crediticias ni mucho menos para atender tanto sus necesidades básicas como las de su núcleo familiar.

3.5. Finalmente, destaca que existen varias personas en condiciones fácticas análogas, esto es, que también se desempeñan desde hace 20 años o más en la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá en cargos de carrera administrativa en provisionalidad, a las que, por el contrario, sí se les concedió la pretendida indemnización por comprobar que gozaban de los derechos inherentes a la carrera administrativa.

#### 4. Pretensiones

En los referidos términos, la actora recurre al mecanismo de amparo constitucional con el objetivo de instar al juez de tutela para lograr la justiciabilidad de los derechos fundamentales invocados, de tal manera que se le ordene a la entidad demandada reconocerle la indemnización a la que aduce tener derecho, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

#### 5. Pruebas que obran en el expediente

Las pruebas relevantes aportadas al trámite de tutela, todas de origen documental, son las siguientes:

- Copia simple de la Cédula de Ciudadanía de la señora María Antonia Arévalo Sierra (Folio 01 del Cuaderno Principal del expediente).

- Copias simples de sendos certificados expedidos por la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá, el 20 de octubre de 2005 y el 15 de mayo de 2007, respectivamente, en los que se certifica que la actora estuvo vinculada a la entidad hospitalaria desde el 17 de diciembre de 1980, en el cargo de auxiliar del área de salud (Folios 02 y 03 del Cuaderno Principal del expediente).

- Copia simple de la Resolución No. 0267, del 22 de agosto de 2006, expedida por el Gerente de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá, por medio de la cual se incorporaron servidores públicos a la planta de personal de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá (Folios 04 a 07 del Cuaderno Principal del expediente).

- Copia simple del Decreto Departamental No. 00000269, del 12 de noviembre de 2009, expedido por el Gobernador de Cundinamarca, por obra del cual se dispuso la supresión y liquidación de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá, y se dictaron otras disposiciones (Folios 16 a 36 del Cuaderno Principal del expediente).
- Copias simples de los Decretos Departamentales Nos. 00000271 y 00000292, del 12 y 17 de noviembre de 2009, expedidos por el Gobernador de Cundinamarca, a través de los cuales se suprimieron los empleos de la planta de personal de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá (Folios 37 a 56 del Cuaderno Principal del expediente).
- Copia simple de la Resolución No. 00112, del 26 de enero de 2010, expedida por la Fiduciaria La Previsora S.A., por la cual se liquidó y ordenó el pago de obligaciones laborales y prestaciones sociales a la actora, por virtud de la supresión de su empleo (Folio 57 a 60 del Cuaderno Principal del expediente).
- Copia simple de certificación expedida por el Fondo de Empleados de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá -FONDEHOZ, el 2 de febrero de 2010, en la que se deja constancia de que la actora adeuda, por concepto de crédito normal, la suma de \$1.758.424 (Folio 62 del Cuaderno Principal del expediente).

## 6. Oposición a la demanda de tutela

6.1. Con el propósito de conformar debidamente el contradictorio, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Zipaquirá, mediante Auto del 17 de marzo de 2010, admitió la acción de tutela y ordenó ponerla en conocimiento de la Fiduciaria La Previsora S.A., para que se pronunciara con relación a los hechos y pretensiones planteados en ella.

6.2. Así, la entidad accionada dio respuesta al requerimiento judicial mediante memorial del 05 de abril del presente año, en el que expresó su disenso frente a los asertos vertidos en la demanda y solicitó la declaratoria de improcedencia del amparo constitucional impetrado.

6.3. Sostuvo al respecto, que por expreso mandato de los Decretos Departamentales Nos. 00000271 y 00000292, del 12 y 17 de noviembre de 2009, respectivamente, se suprimieron los empleos de la planta de personal de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá,

razón por la cual procedió a notificar a la accionante sobre la novedad de la terminación de su vínculo y a liquidarle, únicamente, sus prestaciones sociales, dado el carácter de empleada pública en provisionalidad, como a continuación se demuestra:

Concepto

Valor a cancelar

Indemnización

No tiene derecho

Prestaciones

\$2.709.592

Deuda Laboral

\$834.484

Total devengado

\$3.544.076

Descuentos efectuados

\$2.008.683

Total a pagar

\$1.535.393

6.4. Aclaró, por demás, que, a la fecha, el valor total reconocido en la liquidación ya le fue cancelado a la actora, siéndole descontado previamente el monto del crédito suscrito con el Fondo de empleados de la E.S.E. en liquidación -FONDEHOZ-, el cual fue saldado en su totalidad.

6.5. En cuanto hace a la indemnización reclamada en sede de tutela, expresó que la misma,

de acuerdo con una comprensión sistemática del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y del artículo 87 del Decreto Reglamentario 1227 de 2005, no es susceptible de ser reconocida a quien no funga como empleado público inscrito en el escalafón de carrera administrativa. Para reforzar su argumento, adujo que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe disposición legal alguna que prevea una indemnización u otra clase de compensación a favor de los empleados provisionales que sean retirados del servicio por cuenta de la liquidación, supresión, reestructuración o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o en virtud de la modificación de la planta de personal.

Postura ésta última que, según su criterio, ha sido avalada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al definir la indemnización como la compensación económica reconocida con exclusividad a los empleados de carrera, entre otras razones, por el retiro del servicio a causa de la supresión del respectivo cargo<sup>7</sup>.

Bajo esa orientación, diametralmente opuesta al escrito de tutela, concluyó que a la actora no le asiste el derecho a recibir el beneficio económico de la indemnización, además porque nunca estuvo inscrita en carrera administrativa ni el cargo que ejerció se proveyó mediante concurso de méritos.

6.6. Por otro lado, manifestó que la acción de tutela dista de ser el mecanismo de defensa judicial pertinente para que a través de ella puedan ventilarse controversias de índole semejante a la aquí planteada, pues debido a su naturaleza subsidiaria y residual, no puede reemplazar a las acciones ordinarias concebidas por el legislador como los instrumentos preferentes para resolver este tipo de asuntos de carácter litigioso.

Y aún aceptándose, en gracia de discusión, la procedencia excepcional de dicho mecanismo, puso de manifiesto que, en el caso concreto, no lograba advertirse la ocurrencia de un perjuicio irremediable que conjurar, atendiendo a la ausencia de los elementos de que se conforma, cuales son la inminencia, la urgencia, la gravedad y la impostergabilidad.

## II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

### 1. Primera Instancia

1.1. En providencia proferida el 06 de abril de 2010, el Juzgado Primero Administrativo de

Zipaquirá, decidió negar la protección constitucional deprecada en el asunto bajo estudio, al considerar que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el instrumento de defensa judicial más apropiado al que puede acudir la actora, a fin y efecto de cuestionar la legalidad de la Resolución No. 00112, del 26 de enero de 2010, por obra de la cual se liquidaron sus prestaciones sociales, y de reclamar la indemnización que pretende.

1.2. Sin embargo, dejó sentado que, en principio, la reclamación efectuada devendría improcedente, como quiera que el reconocimiento económico que persigue es propio de los servidores públicos inscritos en carrera administrativa y no, como acontece en su caso, de empleados en provisionalidad.

## 2. Impugnación

Dentro del término legal concedido para el efecto, la tutelante impugnó la decisión del a-quo, con apoyo, básicamente, en los argumentos a partir de los cuales estructuró el escrito de tutela relacionado en precedencia.

## 3. Segunda Instancia

3.1. Avocó conocimiento de la causa el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Cuarta, Subsección B-, que, en Sentencia dictada el 11 de mayo de 2010, revocó el fallo judicial adoptado en primera instancia, luego de concluir que las condiciones personales de la accionante habilitaban a la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección.

3.2. En efecto, a juicio de dicha colegiatura, la actora, de edad madura y con una expectativa de vida incierta, a más de resultar evidentemente afectada con el no pago de la indemnización prevista en la Ley 909 de 2004, el someterla a los rigores de un proceso judicial, tornaría nugatorio su derecho a disfrutar de la indemnización y el sobresueldo para garantizar su subsistencia en condiciones dignas; lo que, al rompe, constituiría un contrasentido frente a la protección que el Estado debe prodigar al trabajador, indistintamente de la modalidad a la cual se encuentre vinculado.

3.3. Por manera que, al decir de la Corte Constitucional<sup>8</sup>, la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa, no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad, por lo que no pueden ser desconocidos derechos

prestacionales como lo es aquel derivado de la supresión del cargo. Es ese específico contexto, según aduce el ad-quem, el que debió tenerse en cuenta para efectos de determinar la procedencia o no de la prestación social exigida.

De suerte que tras laborar por más de 28 años a la entidad, “debió reconocérsele a la actora una indemnización en iguales condiciones a las que le correspondería a un funcionario de carrera administrativa, por cuanto si a los provisionales se les ha reconocido el derecho a ser reintegrados como mecanismo transitorio, en circunstancias distintas a la supresión de cargos por liquidación de la entidad, de igual manera debe reconocérsele el derecho a la indemnización, toda vez que gozaba de plena estabilidad laboral y de todos los derechos prestacionales por desempeñar sus labores en un cargo de carrera administrativa, aunque hubiese sido vinculada provisionalmente ”

En consecuencia de lo anterior, le ordenó a la Fiduciaria La Previsora S.A. reconocer, a favor de la accionante, la indemnización establecida en la Ley 909 de 2004 y el sobresueldo correspondiente al 20%, mientras que ésta acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en un término que no podrá superar el 1º de junio de 2010.

### III. CONSIDERACIONES

#### 1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 07 de julio de 2010, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Siete de esta Corporación.

#### 2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

##### 2.1. Legitimación por activa

2.1. Tal como se dispone en el artículo 86 de la Constitución Política y en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un instrumento de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados como

consecuencia de las acciones u omisiones de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares, en aquellos eventos delineados por la Constitución y la Ley.

2.2. De cara al asunto que ocupa la atención de la Sala, es de advertirse que la señora María Antonia Arévalo Sierra actúa en defensa de sus derechos, garantías e intereses, motivo por el que se encuentra legitimada para formular directamente el recurso de amparo constitucional.

## 2.2. Legitimación por pasiva

De acuerdo con lo previsto por el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, la Fiduciaria La Previsora S.A., al fungir como liquidador de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá y, a la vez, como su representante legal, se encuentra legitimada como parte pasiva en el presente proceso, dada su calidad de autoridad pública y en vista de que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en cuestión.

## 3. Problema Jurídico

3.1. Una vez delimitados en el acápite de antecedentes los elementos de juicio que reúnen los hechos materiales del caso, la problemática de índole jurídica por resolver, en sede de revisión, se contrae a la necesidad de determinar si, efectivamente, la Fiduciaria La Previsora S.A. quebrantó los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al mínimo vital de la señora María Antonia Arévalo Sierra, al no haber reconocido ni pagado la indemnización consagrada en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, a causa de la supresión del cargo de carrera administrativa que, desde hace más de 28 años, ocupaba en provisionalidad en la E.S.E. San Juan de Dios de Zipaquirá -en liquidación-.

3.2. Para tal efecto, esta Sala se ocupará de revisar la jurisprudencia de la Corporación en cuanto atañe al principio constitucional de la carrera administrativa para luego, finalmente, pronunciarse en torno a las especificidades propias del caso sub-exámene.

3.3. En todo caso, conforme con las decisiones judiciales precedentemente mencionadas, en esta oportunidad se encuentra la Corte frente a una acción de tutela en relación con la cual se ha planteado un problema de procedibilidad, por lo que se revela necesario que, antes de entrar a abordar la temática propuesta, con el fin de ilustrar una posible solución, se defina la

procedencia del mecanismo de amparo constitucional, a propósito de su carácter supletivo frente a la existencia de otros medios de defensa judicial.

4. Aspecto de Procedibilidad: El principio de subsidiariedad como parámetro de procedibilidad de la acción de tutela -Caso en el que se solicita el pago de una indemnización por supresión del cargo-

4.1. Bien es sabido que la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que la acción de tutela fue concebida como un instrumento de defensa judicial dotado de un carácter residual y subsidiario. No en vano, ha dicho esta Corte que no puede admitírsele como un mecanismo alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se pretende sustituir los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer las acciones y recursos judiciales dispuestos dentro de los mismos para controvertir las decisiones que se profieran<sup>9</sup>.

Esto último, ha llevado justamente a entender que su ejercicio sólo sea procedente de manera excepcional, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo éstos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable<sup>10</sup>.

4.2. Ahora bien, pese a que la regla general sea aquella según la cual los conflictos jurídicos relacionados con derechos fundamentales han ser resueltos, en principio, por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas-, deberá ser el juez constitucional, en cada caso en particular, el que determine cuándo ese medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para prodigar una protección inmediata, eventos en los que la acción tuitiva de los derechos fundamentales se impone como el mecanismo directo de protección<sup>11</sup>.

5. Improcedencia de la acción de tutela en el presente caso

5.1. La existencia de otro mecanismo de defensa judicial para reclamar la defensa de los derechos

5.1.1. Como quedó establecido en acápite antecedente, la presunta violación de los derechos a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y al mínimo vital de la señora María Antonia

Arévalo Sierra, tiene su origen en la Resolución No. 00112, del 26 de enero de 2010, expedida por la Fiduciaria La Previsora S.A., con arreglo en la cual solo se le reconoció la suma de \$1.535.393 por concepto de prestaciones sociales y liquidación de créditos laborales, sin que para ello se hubiere incluido la indemnización contemplada en el referido artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

5.1.2. Del anterior aserto, no puede inferirse cuestión distinta a aquella de que lo que se pretende en sede de tutela es, precisamente, controvertir el acto administrativo por medio del cual se negó el sobresueldo del 20% y el reconocimiento y pago de la indemnización consagrada en la Ley 909 de 2004, para aquellos casos de supresión de cargos inscritos en carrera administrativa.

5.1.3. Con base en el anterior supuesto, cabe reiterar que el ordenamiento jurídico ha delineado una serie de mecanismos de defensa judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a los cuales se puede acudir para demandar su legalidad. En efecto, los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo consagran las acciones de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho, respectivamente, para efectos de controvertir actos administrativos, siendo estos los mecanismos judiciales idóneos y específicos con que cuenta la accionante para enervar los efectos dañinos que, en su consideración, se produjeron.

Las normas citadas disponen expresamente:

“ART. 84.- Subrogado. D.E. 2304/89, ART. 14. Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

ART. 85.- Subrogado. D.E. 2304/89, ART. 15. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.”

5.1.4. En las referidas condiciones, bien puede afirmarse que la actora puede acudir a las mencionadas acciones, en procura de plantear la controversia sobre el posible reconocimiento del sobresueldo y la indemnización consagrada para los eventos en los cuales exista supresión de cargos. De tal manera que al activarse un proceso ante la jurisdicción contenciosa que se surta con intervención de las partes y de terceros y con todas las formalidades y garantías, el debate del presente asunto, escapa al resorte competencial propio de la acción de tutela, el cual se encuentra marcado por la informalidad y la subsidiariedad.

5.1.5. Por ello, y bajo la consideración de que existen otros mecanismos que son considerados aptos para ventilar la controversia aquí planteada, en donde pueden desplegarse más ampliamente las diferentes garantías de orden procesal, encaminadas a demostrar el supuesto de hecho de las normas cuyo efecto jurídico persigue<sup>12</sup>, esta Sala de Revisión considera que no es el proceso de tutela el escenario adecuado para el estudio de fondo del problema jurídico planteado en esta ocasión.

## 5.2. Inexistencia de un perjuicio irremediable

5.2.1. En la línea de las consideraciones que se realizan, y teniendo en cuenta las precisas características que informan la acción de tutela, queda por establecer si, aun cuando se llegó a considerar que la actora cuenta con otro medio de defensa judicial para lograr la protección de los derechos fundamentales que estima vulnerados, debe la Corte pronunciarse sobre la solicitud de protección transitoria para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

5.2.2. No en pocos pronunciamientos, esta Corporación ha aceptado la posibilidad de dar trámite a una petición de tutela como mecanismo transitorio, siempre que, por una parte, se acredite que es inminente un perjuicio irremediable para el derecho fundamental; y, por otra, que existe otro mecanismo de defensa judicial al que puede acudirse para decidir, con

carácter definitivo, la controversia planteada en sede de tutela.

5.2.3. A propósito del concepto de perjuicio irremediable que ha sido adoptado por esta Corporación, se ha dicho que éste consiste en el riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir, no otorga forma alguna de reparar el daño<sup>13</sup>.

Partiendo de tal definición, la jurisprudencia constitucional ha delineado una serie de criterios a partir de los cuales debe evaluarse si, efectivamente, en un caso concreto, se está ante la presencia de un perjuicio irremediable que habilite la procedencia transitoria del mecanismo de amparo constitucional. Tales presupuestos aluden a que el perjuicio es aquel (i) que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) que el daño es inminente; (iii) que de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iv) que resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y (v) que la gravedad de los hechos es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales<sup>14</sup>.

La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que:

“A). El perjuicio ha de ser inminente: que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes,

es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señal a la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconvenientes.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.”<sup>15</sup>

5.2.4. En las anotadas condiciones, considera la Sala de Revisión que, en cuanto hace al caso concreto, tampoco por la vía del perjuicio irremediable es posible la procedencia de la presente acción de tutela, pues la tutelante no logró demostrar la existencia de un perjuicio de tales características, y tampoco del análisis de los hechos es posible arribar a esa conclusión.

5.2.5. Para esta Sala, la posible existencia de un perjuicio irremediable no está siquiera sumariamente demostrada, ya que no se acreditaron en el expediente circunstancias que

supongan una grave amenaza de los derechos fundamentales de la actora, que además exijan la adopción de medidas de protección transitorias e impostergables, que a su turno deban ser tomadas de forma inmediata por parte del juez constitucional.

5.2.6. En efecto, la eventual violación o amenaza de los derechos invocados estaría representada en el no pago de un sobresueldo y de la indemnización por cuenta de la supresión del cargo que, en provisionalidad, ocupaba la actora. Desde esa perspectiva, el presunto daño económico que pudo haber sufrido, puede ser reparado en su integridad mediante el ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo ejercicio contempla, además, la posibilidad de solicitar como medida cautelar la suspensión provisional de los actos objeto de reproche y de aquellos que eventualmente se vean involucrados en la violación alegada.

5.2.7. El que el daño posiblemente inferido pueda entonces repararse por otras vías judiciales, dotadas del mecanismo de la suspensión provisional, descarta de plano la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio en el presente caso, ya que de estar produciéndose un perjuicio en contra de la tutelante, el mismo no tiene la entidad de ser irremediable y, por tanto, no requiere de medidas urgentes.

Esto último, como ya se expresó, reforzado por el hecho de que la actora no allegó elementos de juicio al expediente que permitieran colegir que su desvinculación de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá, le produjo una afectación de grado tal, que el pago del sobresueldo y de la indemnización, en su caso particular, devenía absolutamente necesario para garantizar su subsistencia en condiciones dignas.

5.2.8. Dicha situación lleva a la Corte a concluir que tampoco por esta causa están dados los supuestos de hecho para avalar transitoriamente la pretensión de carácter indemnizatorio, motivo por demás suficiente para concluir que dicha controversia debe ser resuelta en su escenario natural, toda vez que no existen razones válidas para que la Corte entre a sustituir dichos mecanismos de defensa judicial, ni siquiera como mecanismo transitorio, pues no se advierte la existencia de un perjuicio irremediable que en este caso haga imprescindible la intervención del juez de tutela y la adopción de medidas urgentes.

Por lo precedentemente anotado, no resulta factible conferir la protección tutelar impetrada y, en consecuencia, esta Sala de Revisión revocará la Sentencia proferida por el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca -Sección Cuarta, Subsección B- que, a su vez, revocó el fallo judicial adoptado en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo de Zipaquirá, el cual habrá de confirmarse, por las razones expuestas en esta providencia.

#### IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia proferida el 11 de mayo de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Cuarta, Subsección B-, que revocó, a su vez, la decisión judicial dictada por Juzgado Primero Administrativo de Zipaquirá, el 06 de abril de 2010, la cual se CONFIRMA, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado Ponente

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004”.

2 Al respecto, ver el numeral 8º del Artículo 305 de la Constitución Política de 1991, así como el artículo 2º de la Ordenanza Número 014 del 31 de agosto de 2004 y el artículo 69 del Decreto Ordenanzal 258 de 2008.

3 Ley 909 de 2004 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”. (...) Artículo 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.

(...)

Parágrafo 2º. La tabla de indemnizaciones será la siguiente:

1. Por menos de un (1) año de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salarios.
2. Por un (1) año o más de servicios continuos y menos de cinco (5) cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.
3. Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y veinte (20) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

4. Por diez (10) años o más de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y cuarenta (40) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

4 “por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones”. (...) Artículo 28. Suprimido un empleo de carrera administrativa, cuyo titular sea un empleado con derechos de carrera, este tiene derecho preferencial a ser incorporado en un empleo igual o equivalente al suprimido de la nueva planta de personal de la entidad u organismo en donde prestaba sus servicios. De no ser posible la incorporación en los términos establecidos en el inciso anterior, podrá optar por ser reincorporado en un empleo igual o equivalente o a recibir una indemnización, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2° del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Para la reincorporación de que trata el presente artículo se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

28.1 La reincorporación se efectuará dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que el Jefe de la entidad comunique a la Comisión Nacional del Servicio Civil que el ex empleado optó por la reincorporación, en empleo de carrera igual o equivalente que esté vacante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal en el siguiente orden:

28.1.1 En la entidad en la cual venía prestando el servicio.

28.1.2 En la entidad o entidades que asuman las funciones del empleo suprimido.

28.1.3 En las entidades del sector administrativo al cual pertenecía la entidad, la dependencia o el empleo suprimido.

28.1.4 En cualquier entidad de la rama ejecutiva del orden nacional o territorial, según el caso.

28.1.5 La reincorporación procederá siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos para el desempeño del empleo en la entidad obligada a efectuarla. De no ser posible la reincorporación dentro del término señalado, el ex empleado tendrá derecho al

reconocimiento y pago de la indemnización.

Parágrafo. Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad u organismo, no tendrá el carácter de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.

5 Artículo 16. Las Comisiones de Personal. (...) 2. Además de las asignadas en otras normas, las Comisiones de Personal cumplirán las siguientes funciones: (...) d) Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que formulen los empleados de carrera que hayan optado por el derecho preferencial a ser vinculados, cuando se les supriman sus empleos, por considerar que han sido vulnerados sus derechos; e) Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que presenten los empleados por los efectos de las incorporaciones a las nuevas plantas de personal de la entidad o por desmejoramiento de sus condiciones laborales o por los encargos (...).

6 Declarado INEXEQUIBLE, en su totalidad, por la Sentencia C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

7 La entidad demandada cita, para el efecto, la Sentencia C-540 de 2001.

8 El operador jurídico cita la Sentencia T-1161 de 2004.

9 Sobre el particular, consultar, entre otras, las Sentencias SU-037 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-280 de 2009, T-565 de 2009, T-715 de 2009, T-049 de 2010, T-136 de 2010 y T-524 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

10 Consultar, entre otras, la Sentencia T-608 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

11 Consultar, entre otras, la Sentencia T-083 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

12 Ver, entre otras, la Sentencia T-1044 del 4 de diciembre de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

13 Consultar, entre otras, las Sentencias T-225 de 1993, SU-086 de 1999 y SU-544 de 2001.

14 Sobre el tema se pueden consultar las Sentencias T-225 de 1993, SU-086 de 1999.

15 Sentencia T-225 de 1993. La línea de orientación vertida en dicha providencia, ha sido reiterada por esta Corporación, entre otras, en las Sentencias SU-086 de 1999, T-789 de 2000, SU-544 de 2001, T-599 de 2002, T-803 de 2002, T-882 de 2002 y T-922 de 2002.