

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS nº 1

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado ponente

STP2153-2018

Radicación nº 95152

Acta 49.

Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

1. VISTOS

Decide la Sala la impugnación presentada por el accionante GERMÁN OLIMPO REY BAQUERO, frente al fallo proferido el 7 de diciembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, quien declaró improcedente la acción de tutela interpuesta en contra de la Fiscalía General de la Nación, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada y mínimo vital, trámite al que fue vinculado el ciudadano William Hernán Tello, como tercero con interés.

2. HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. El 17 de diciembre de 2008, GERMÁN OLIMPO REY BAQUERO fue nombrado en provisional en el cargo de Profesional Universitario II, hoy Profesional de Gestión II, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá.

2. A su turno, el 26 de junio de 2008, la entonces Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación convocó concurso de méritos para proveer 1.716 empleos en el área administrativa y financiera de esa entidad, entre ellos, el ocupado por el accionante.

3. Mediante circular 0002 del 10 de abril de 2015 el Fiscal General de la Nación informó a todos los servidores que desempeñaban los cargos ofertados por el concurso, sobre el procedimiento para el reconocimiento de la protección especial.

4. En tal virtud, el 24 de abril de 2015, el accionante dirigió escrito al departamento de Administración de Personal de la Fiscalía General de la Nación donde pone de presente su calidad de padre cabeza de familia, expone su situación personal y anexa documentos para acreditar dicha condición.

5. El 13 de julio de 2015, la entonces Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación publicó el registro definitivo de elegibles para proveer los cargos ofertados.

6. Consecuencia de ello, a través de la Resolución No. 0-2431 del 12 de julio de 2017 realizó el nombramiento en período de prueba de William Hernán Tello Hurtado, en el empleo de Profesional de Gestión II, cargo que ocupaba en provisionalidad GERMÁN OLIMPO REY BAQUERO, a quien en el mismo acto administrativo, lo declaró insubsistente.

7. GERMÁN OLIMPO REY BAQUERO acude a la acción de tutela a fin de que se reconozca su condición de pre-pensionado por faltarle en la actualidad menos de 3 años para cumplir los requisitos de pensión; así como que se tenga en cuenta que pertenece a la población de la tercera edad, y en consecuencia se ordene su reintegro.

Señala que su desvinculación ha afectado su mínimo vital y el de las personas que de él dependían, estas son, su cónyuge, suegros, y su hija menor de 25 años, que aún se encuentra estudiando; además que adquirió algunas obligaciones económicas para obtener vivienda propia.

3. PRETENSIONES

El demandante solicita que en amparo de sus derechos de estabilidad laboral reforzada y

mínimo vital, se ordene a la Fiscalía General de la Nación lo reintegre en un cargo igual o similar al que venía desempeñando, hasta tanto cumpla los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

4. INTERVENCIONES

La Fiscalía General de la Nación, a través del Subdirector de Talento Humano refirió que con ocasión del concurso de méritos convocado el 26 de junio de 2008, mediante Resolución No. 0-2431 del 12 de julio de 2017 nombró en período de prueba a William Hernán Tello Huérfano, en el empleo de Profesional de Gestión II que venía ocupando en provisionalidad GERMÁN OLIMPO REY BAQUERO, quien a su turno fue declarado insubsistente.

Frente a la posible aplicación del retén social indicó que la acreditación de tal figura sólo procede en los procesos de restructuración de las entidades públicas, hecho que en el asunto no ocurre, ya que la insubsistencia tuvo origen en el nombramiento en período de prueba de quien aprobó el concurso.

Sin perjuicio de ello, esa Institución dio cumplimiento a las reglas establecidas en la sentencia SU-446 de 2011, esto es, la garantía de los derechos de los servidores considerados como sujetos de especial protección, que en el caso del accionante correspondió a garantizarle ser del último grupo de servidores que serían desvinculados de la entidad.

Lo que pretende el accionante es que se ordene dejar sin efectos la Resolución No. 0-2431 del 12 de julio de 2017, acto administrativo contra el que procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

5. DEL FALLO RECURRIDO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá declaró improcedente la acción de tutela con fundamento en que lo pretendido por el accionante es dejar sin efectos la Resolución No. 0-2431 del 12 de julio de 2017, a través de la cual la Fiscalía General de la Nación, resultado del concurso de méritos, designó en período de prueba a William Hernán Tello Huérfino, en el cargo de Profesional de Gestión II que venía ocupando.

Siendo la mencionada resolución un acto administrativo de carácter particular, existe un mecanismo de defensa judicial ordinario, para el caso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante lo Contencioso Administrativo, al interior de la cual podrá solicitar la aplicación de las medidas cautelares de suspensión del acto demandado.

Señala además que no se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable la excepcional intervención del Juez de tutela, pues el actor conocía que se encontraba vinculado en provisionalidad y que con ocasión del concurso de méritos sería en algún momento desplazado por el participante que estuviera en la lista de elegibles.

Resalta que con ocasión de la controversia generada por la convocatoria pública de la Fiscalía General de la Nación en el año 2008, se expidió por parte de la Corte Constitucional la sentencia SU-446 de 2011 donde se precisó el tratamiento especial que debía darse a las personas que ostentaran algunas de las siguientes condiciones: i) madres y padres cabeza de familia, ii) les faltaran menos de 3 años para cumplir los requisitos de pensión iii) padezcan alguna discapacidad. Trato especial que correspondía a que fueran los últimos en ser desvinculados.

Procedimiento que se aplicó al accionante, pues fue parte del último grupo de personas desvinculadas con ocasión del concurso.

6. DE LA IMPUGNACIÓN

Fue presentada por el accionante, quien señala que la expedición de la Resolución No. 0-2431 del 12 de julio de 2017, sí le causó perjuicios irremediables.

Considera que el fallo de primera instancia no analizó este aspecto, al punto que ni siquiera hizo mención a los documentos que aportó para demostrarlo.

Reitera que la Fiscalía General de la Nación al momento de disponer su desvinculación no tuvo en cuenta su condición de sujeto de protección por ser un “adulto mayor”, así como su calidad de pre-pensionado, al faltarle menos de 3 años para cumplir los requisitos de pensión.

6. CONSIDERACIONES

7.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el canon 1º, numeral 4º del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, cuyo superior funcional lo es esta Corporación.

2. Para iniciar debe acotarse que en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que hacen procedente la acción de tutela: (i) que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y (ii) que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable,

pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela".(CC T-705-2012, T-471-2017).

2. Del primer ítem encuentra la Sala acertada la decisión de primera instancia, por cuanto si los procesos ordinarios están diseñados para solucionar los conflictos jurídicos y por tanto para proteger los derechos de las personas, la tutela no puede ser empleada como un mecanismo alternativo o complementario. Bajo esta premisa, la procedencia de la tutela está supeditada a que para su ejercicio se hayan agotado todas las instancias y los recursos con los que cuenta el afectado para la protección de sus derechos (CC T-705-2012 y T-471-2017).

En este asunto, nada refirió el demandante respecto de las acciones judiciales emprendidas con el fin de lograr la protección de esos derechos, salvo, la petición radicada ante la Fiscalía General de la Nación.

2. Ahora bien, como quiera que la inconformidad del accionante se contrae a un acto administrativo a través del cual se le declaró insubsistente en el cargo de Profesional de Gestión II que ocupaba en provisionalidad, la legítima autoridad llamada por ley a conocer de sus planteamientos y sus expectativas es el Juez de lo Contencioso Administrativo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, mecanismo de defensa por medio del cual puede procurar la revocatoria del mismo, con la posibilidad incluso de solicitar medidas cautelares frente al acto que estima violatorio de sus derechos fundamentales, petición regulada en el artículo 229 y ss. de la Ley

1437 de 2011¹¹ y que en virtud del artículo 233 ejusdem puede resolverse incluso desde la admisión de la demanda, solicitud que debe ser resuelta dentro del término máximo de quince (15) días.

2. Pero el CPACA fue aún más allá y en el artículo 234 consagró las llamadas medidas cautelares de urgencia, previendo para ellas un trámite expedito y muy ágil. El citado canon prevé: “Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta”.

2. A propósito de la eficacia que reviste la señalada solicitud de suspensión, la Corte Constitucional CC T-609-2005 ha indicado:

(...) explicando las razones por las cuales la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, la Corte ha explicado lo siguiente:

“7.- Sin desconocer que en la práctica los procesos contencioso administrativos pueden resultar prolongados en el tiempo, la Corte estima que, en todo caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sí constituye un mecanismo apto, jurídica y materialmente, para asegurar la protección de los derechos de las personas frente a eventuales excesos de

la administración. Y ello ocurre, precisamente, porque la misma Constitución (artículo 238) contempla la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos, que es resuelta desde el momento mismo de admitirse la demanda (Artículos 152 y siguientes del C.C.A.). El propio legislador fue consciente de la posibilidad de encontrar procesos enredados en el tiempo, y para ello diseñó esta importante medida. La jurisprudencia de esta Corporación, en anteriores pronunciamientos, ha reconocido expresamente la eficacia de la suspensión provisional, en los siguientes términos:

‘Por ello es pertinente reiterar aquí la jurisprudencia de esta Corporación, transcrita en la misma demanda, según la cual la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbello, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiese escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos’. (Negrillas fuera del original.”.

Y en similar sentido, ha vertido estas consideraciones:

‘(...) la suspensión provisional de los actos administrativos es trámite que se ubica como una de las medidas que deben solicitarse antes de que sea admitida la demanda que se formule en contra del acto correspondiente; es concebida como medida cautelar en presencia de excepcionales casos en los que la vulneración de normas superiores sea manifiesta, y como tal es cuestión previa a decidir en el trámite de la acción que se adelanta. Así las cosas, esta posibilidad judicial resulta ser un trámite pronto, y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela”.

Por todo lo señalado, la demanda de amparo no está llamada a prosperar, como bien lo concluyó la Sala Penal del Tribunal Superior de primera instancia en la sentencia impugnada.

2. El otro escenario a través del cual resulta procedente la acción de tutela para el reintegro laboral de quienes fueron despedidos a través de acto administrativo, es que se refiera y demuestre que con esa decisión se causa un perjuicio irremediable, asunto que resultó ser la principal causa de disenso del accionante, al considerar que no se analizó y no se tuvo en cuenta esa situación en el fallo de primer grado.

2. Sobre el particular, conviene señalar que si bien el Tribunal Superior de Bogotá no hizo un detallado análisis de lo aportado por el accionante, su conclusión resulta acertada al no demostrarse esos requisitos de inminencia, gravedad, urgencia y decisión impostergable; exigencias que deben ser concurrentes para que se configure el perjuicio irremediable alegado por el actor.

2. Esa situación, según lo establece la jurisprudencia y que es concordante con el inciso 3º del artículo 86 superior, se presenta cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.

2. En el sub lite, el ciudadano GERMÁN OLIMPO REY BAQUERO pese que fue declarado insubsistente con ocasión del nombramiento de la persona que adelantó y aprobó las etapas del concurso para el cual se abrió convocatoria desde el año 2008, su afectación resulta ser momentánea y en todo caso provisional, mientras se emplea en alguna otra actividad o empresa, resaltando que esa terminación laboral resultaba previsible porque era de conocimiento público todas las etapas surtidas y el avance de las mismas, a tal punto que él, desde el año 2015², informó de la especial consideración que en su caso debía atenderse al momento de proveer los cargos ofertados en la convocatoria.

2. Claro, existe una afectación con la declaratoria de insubsistencia del señor Rey Baquero, pero la misma no resulta ser de tal entidad que pueda catalogarse como irremediable, porque puede, como lo hizo antes de ingresar a la Fiscalía General de la Nación, emplearse en otra empresa del Estado o particular, como también en otras actividades que le generen los ingresos requeridos para garantizar su mínimo vital.

2. Aportó el accionante medios de prueba en los que se afirmó por las personas declarantes dependen económicamente de sus ingresos, pero a su vez se indican que estos perciben emolumentos, como sucede con Luz Amanda Gacha Castro, compañera permanente de REY BAQUERO, abogada de profesión y quien contribuye con el sostenimiento de sus padres, uno de los cuales ejerce actividades independientes³.

Precisamente a través de estos documentos se establece que no obstante existir un aporte mayoritario por parte del actor, coexisten en el grupo familiar otras maneras de subsistir y cubrir las necesidades básicas, sin la afectación de ese mínimo vital, que valga la pena decirlo, solamente fue mencionado pero no demostrado, porque hasta el momento de la presentación de la demanda, ninguna de las obligaciones o servicios primordiales se advertían vencidas o en mora.

2. Por todo lo anterior se confirmará la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase

FERNANDO LEON BOLAÑOS PALACIOS

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

2 Folio 12 y siguientes.

3 Ver declaración extra proceso presentada ante la notaría 66 del Círculo de
Bogotá. Folio 22.