

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

STP3477-2018

Radicación n.º 97217

Acta 78

Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por Heberth Benavides Ruiz frente a la decisión proferida el 26 de enero de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, mediante la cual le negó la acción de tutela interpuesta contra el Juzgado Promiscuo Municipal de Candelaria y el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle, por la presunta vulneración de sus derechos al trabajo, a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital, a la seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada.

Al presente trámite fueron vinculados la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Seccional Cali, Luz Adriana Bazante Ramírez y Gabriel Guzmán Jiménez.

ANTECEDENTES

1. Los hechos y el amparo propuesto.

Fueron relatados por el A quo de la siguiente manera:

El aquí accionante pide a esta Sala Constitucional la protección de los aludidos derechos fundamentales, los cuales considera vulnerados por el Juzgado 1o Promiscuo Municipal de Candelaria y la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle porque, en síntesis:

A. - En la actualidad cuenta con 59 años de edad de los cuales 27 años prestó sus servicios como empleado de la Rama Judicial en diferentes cargos tanto en carrera como en provisionalidad, siendo el último el de escribiente en provisionalidad del Juzgado 1o Promiscuo Municipal de Candelaria, el cual ocupó del 1o de octubre de 2013 al 27 de abril de 2017; fecha esta última en la que fue desvinculado como consecuencia del nombramiento en propiedad, “según lista enviada por el CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE CALI”, de la señora Luz Adriana Bazante Ramírez.

B.- Con dicha desvinculación laboral se vulneraron sus derechos fundamentales pues:

1.- La misma se hizo a pesar de que le faltaban menos de tres años para pensionarse, con lo cual se desconoció, de un lado, su condición de prepensionable y, por ende, de sujeto de especial protección constitucional y, de otro, lo dispuesto en el la L. 790/02, la cual es clara en que “no podrán ser retirados del servicio (...) los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley” ;

2.- Como consecuencia de la desvinculación, está atravesando una difícil situación económica pues: a.- es hombre cabeza de hogar y su sustento siempre lo ha derivado del sueldo que devengaba como empleado de la Rama Judicial; b.- no se ha podido reubicar en la misma institución debido a que las vacantes han sido provistas con las personas que ganaron el reciente concurso de empleados; c- por su edad no es posible ubicarse en otros escenarios laborales y, d.- padece múltiples enfermedades tales como hipertensión arterial,

triglicéridos, colesterol “muy por encima de lo normal” y desprendimiento de retina, razón por la cual debe estar bajo control médico.

SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Cali negó el amparo al considerar que el actor tiene la oportunidad de cuestionar la legalidad del acto administrativo mediante el cual dispuso la provisión del cargo provisionó que venía desempeñando de Escribiente en el Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Candelaria.

Aseguró que el accionante acudió al presente trámite luego de haber trascurrido más de 8 meses desde que se ordenó su desvinculación, incumpliendo de esta forma el principio de inmediatez que rige la acción de tutela.

LA IMPUGNACIÓN

Al momento de ser notificado, Heberth Benvides Ruiz exteriorizó su intención de impugnar el fallo, sin aducir las razones de su disenso.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Corresponde a la Corte determinar si las autoridades accionadas vulneraron los derechos al trabajo, a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital, a la seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada del interesado, dentro del concurso de méritos en el que se ofertó y provisionó el cargo que venía desempeñando como Escribiente en el Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Candelaria.

Para tal efecto, se verificará previamente si se satisfacen los principios de subsidiariedad e inmediatez que rigen el ejercicio de la acción.

2. Improcedencia de la tutela por ruptura del principio de subsidiariedad

2.1. La [Constitución Política](#), en el artículo 86, estableció la tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual que tiene por objeto la protección de manera efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, ante su vulneración o amenaza, proveniente de la acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o de los particulares, en los casos que la ley regula, siempre que la parte accionante no cuente con otros medios de defensa judicial.

De su naturaleza se infiere que cuando el ordenamiento jurídico establece otro mecanismo judicial efectivo de protección, el interesado debe acreditar que acudió en forma oportuna a aquél para ventilar ante el juez ordinario la posible violación de sus derechos constitucionales fundamentales.

Por lo tanto, se constituye en presupuesto de procedibilidad, el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial¹.

2.2. En el presente asunto, se tiene que Heberth Benavides Ruiz se encuentra inconforme con el acto administrativo mediante el cual se ordenó su desvinculación del cargo que venía desempeñando en provisionalidad como Escribiente del Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Candelaria.

Al respecto, se observa que el actor pudo exponer sus reparos a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho², de la cual no hizo uso. Con ello, desechó las herramientas de impugnación a su alcance y perdió las oportunidades idóneas para discutir lo pretendido.

Entonces, como quiera que la acción de tutela no tiene por objeto suplantar los medios de defensa judicial ordinarios y sólo puede ser pedida una vez agotados todos ellos, es claro que no está cumplido el principio de subsidiariedad que la rige. Por lo tanto, es

improcedente.

2.3. De igual forma, a pesar de que no existe un término de caducidad establecido para acceder a la acción, lo cierto es que ella debe ser utilizada oportuna, razonable, prudencial y adecuadamente, en el sentido de que una vez amenazado o vulnerado el derecho, el ofendido lo exponga y manifieste al juez constitucional en forma inmediata o rápidamente.

Esta Sala observa que desde la fecha en que el accionante fue desvinculado de la Rama Judicial -27 de abril de 2017 -, hasta cuando se presenta la demanda -11 de enero de 2018-, transcurrió más de ocho (8) meses, lo cual es contrario al principio de inmediatez.

2.4. Aunque lo anterior sería suficiente para señalar que el amparo es improcedente, resulta necesario indicar que la protección a la estabilidad laboral de la persona que se encuentra próxima a adquirir el derecho a la pensión deviene de la previsión contenida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, por medio de la cual se expidieron disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública, que es del siguiente tenor:

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

La Corte Constitucional, en la sentencia CC SU-897-2012, consolidó un criterio interpretativo sobre el momento a partir del cual se debían contabilizarlos tres años fijados por la norma. Al respecto dijo:

[...] Recuerda la Sala que, dentro de las posibles interpretaciones del contexto normativo

existente para los casos que se resuelven, i) la primera de ellas sostiene que el término de los tres años –como elemento esencial para determinar si existe derecho a la protección– debe ser contabilizado a partir del momento en que se decreta la liquidación de la entidad; mientras que ii) la segunda, cuenta este término a partir del momento en que efectivamente se presenta la necesidad de suprimir el cargo ocupado por una persona próxima a pensionarse.

A juicio de la Corte, y dentro de las estrictas posibilidades que abre la interpretación conforme a la Constitución de las disposiciones legales, la norma más garantista y que, por tanto, se ajusta en mejor forma al contenido esencial del derecho a la seguridad social será aquella que cuenta el término de tres años desde el momento en que se concreta la necesidad de suprimir el cargo. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Empero, para la resolución del caso que se examina debe tenerse en cuenta que una cosa es el escenario planteado por el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y la sentencia CC SU-897-2012, que es el de la supresión de un cargo por razón del Programa de Renovación de la Administración Pública – PRAP, y otro bien diferente es el que enmarca la situación del aquí accionante. Por eso, en el referido fallo, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional precisó:

[...] la Corte concluyó en esa oportunidad, y ratifica en ésta, que el Programa de Renovación de la Administración y el “retén social” “tienen una relación de causalidad y coetaneidad”. Así, la primera condición para ser considerado “prepensionado” o “persona próxima a pensionarse” será que la entidad donde labora se haya liquidado como consecuencia del PRAP.

[...]

Por las razones expuestas, es claro que todas las entidades liquidadas en desarrollo del PRAP están obligadas a aplicar la protección especial prevista para los trabajadores

próximos a pensionarse.

La anterior conclusión no debe entenderse como un obstáculo para que, con base en criterios específicamente aplicables a otros casos, entidades del Estado que se liquiden por motivos diferentes al PRAP estén obligadas a desarrollar programas de protección social respecto de los trabajadores que se entiendan como destinatarios de especial protección dentro de nuestro Estado Social de Derecho. Esto por cuanto, programas de protección como el llamado “retén social” tienen fundamento en el principio de igualdad –artículo 13 de la Constitución- entendido en el contexto de justicia material e igualdad real que son axiales al mismo en un Estado social de derecho –artículo 1 de la Constitución-. Dicha protección de fundamento constitucional deberá ser desarrollada por normas con rango legal en armonía con los mandatos constitucionales que la inspiran, siendo posible que, de acuerdo a cada situación, se prevea una protección de distinto grado o diferente extensión.

Distinta es la situación cuando el retiro del cargo es motivado por la provisión del mismo mediante concurso de méritos, tal como lo puntualizó la Corte Constitucional en la sentencia CC T-729-2010:

[...] el retén social es una protección otorgada a la estabilidad laboral de grupos vulnerables que puedan verse especialmente afectados por procesos de reestructuración o liquidación de entidades estatales. En tales escenarios, los intereses que se encuentran en conflicto son, por una parte, la necesidad de reformar la estructura del estado para aumentar la eficacia en la función pública y propiciar un adecuado manejo de los dineros públicos; y, de otra parte, la protección de las personas en condición de especial vulnerabilidad, siempre que la reforma institucional suponga la modificación de las plantas de personal.

En el caso objeto de estudio, la entidad no se encuentra en liquidación, ni su planta está siendo reformada para alcanzar una mayor eficiencia. El conflicto se ubica en un plano

diferente: la necesidad de armonizar el mandato según el cual el acceso a los cargos públicos debe darse con base en el mérito, en defensa del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, y de la concepción participativa de la democracia, con el interés de quienes actualmente ocupan esos cargos sin haber ingresado por la vía del concurso.

En otros términos, si bien el retén social, y el problema planteado a la Sala se relacionan con la protección de la estabilidad laboral de determinados grupos sociales vulnerables, esa situación se enmarca en procesos administrativos de tipo diverso, que persiguen la satisfacción de distintos principios constitucionales, lo que impide la aplicación de las subreglas relativas al retén social.

El problema, una vez depurado, se dirige a determinar si está permitido, en el marco de los principios constitucionales de igualdad, protección al trabajo, seguridad social, debido proceso y mínimo vital, retirar del servicio a una persona que se encuentra en el trámite de reconocimiento pensional, por no haber aprobado las distintas etapas (o las etapas eliminatorias) de un concurso de méritos.

[...]

Ahora bien, la estabilidad de los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad es relativa, pues –como se ha expuesto– su desvinculación puede producirse por motivos del servicio, lo que debe ocurrir mediante resolución motivada; o porque el cargo sea proveído mediante concurso de méritos pues, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las entidades o, de forma más precisa, el nominador de cada entidad, se encuentra vinculado a los resultados del concurso de méritos.

[...]

En ese marco, encuentra la Sala que, en el caso sub examine, existen dos elementos

particulares que deben ser tenidos en cuenta para determinar la legitimidad de la desvinculación del accionante: (i) se trata de una persona en trámite de reconocimiento pensional; y (ii) como resultado del concurso de méritos iniciado por la convocatoria 003 de 2001 se conformó una lista de elegibles de 43 nombres, para la provisión de 64 cargos de delegados departamentales.

[...]

En ese orden de ideas, estima la Sala que la efectiva celebración de los concursos públicos de méritos es una causa que cumpliría con las condiciones necesarias para imponer una afectación a la estabilidad laboral del afectado. Primero, porque el concurso solo se realiza si el cargo se encuentra en vacancia, lo que excluye de plano que pueda afectar a funcionarios nombrados en propiedad. En consecuencia, (ii) los funcionarios que se ven afectados por la celebración del concurso de la Registraduría Nacional del Estado Civil son aquellos que se encuentran nombrados en provisionalidad, así que son conscientes del carácter precario de su estabilidad; y, (iii) porque en la sentencia C-588 de 2009, la Sala Plena de este Tribunal consideró que la inscripción extraordinaria en carrera (medida destinada a proteger a todos quienes se hallaban en provisionalidad al momento de iniciarse los concursos de méritos) afecta el núcleo del sistema democrático, tal como fue concebido por el constituyente de 1991.

En el mismo sentido, la decisión de desvincular a quienes no aprobaron fases decisivas del concurso de méritos, resultaba idónea para garantizar la eficacia del mandato democrático de asegurar el ingreso a la carrera solo en razón del mérito.

Sin embargo, la medida no es necesaria, debido a que la convocatoria 003 de 2008 se abrió para la provisión de 64 cargos de delegado departamental, y el resultado del concurso de méritos produjo la elaboración de una lista de elegibles conformada por 43 nombres. Esto significa que 21 de los cargos no se encuentran actualmente provistos mediante concurso

de méritos, y que la entidad, en virtud de los principios de ausencia de arbitrariedad del estado de derecho; de razonabilidad y proporcionalidad que limitan las limitaciones a los derechos fundamentales en el estado constitucionalidad, y en atención al carácter de derecho fundamental y principio esencial del estado social que ostenta el derecho al trabajo, no podía decidir por azar cuáles funcionarios debían mantenerse en sus cargos y cuáles debían ser retirados; pero tampoco podía decidir desvincularlos a todos sin tomar en cuenta su situación particular, pues ello constituye un desconocimiento del artículo 13 constitucional (particularmente en sus incisos 3º y 4º). (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Aplicando las anteriores pautas al caso en examen se tiene que:

- 1) La estabilidad en el cargo de Escribiente en el Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Candelaria de Heberth Benavides Ruiz era relativa, porque su nombramiento fue efectuado en provisionalidad.
- 2) Benavides Ruiz tenía conocimiento de la precariedad de su estabilidad laboral, por la naturaleza de su nombramiento, debido a que a través de la Convocatoria 003 de 2013 el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle ordenó proveer mediante concurso de méritos los cargos de empleados de los Juzgados del Distrito Judiciales de Buga y Cali.
- 3) El demandante no figura en la lista de elegibles para el cargo de Escribiente del Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Candelaria.
- 4) Mediante Resolución 002 del 9 de marzo de 2017, el titular del referido despacho judicial nombró, de la lista de elegibles, en propiedad, a Luz Adriana Bazante Ramírez como Escribiente, esto es, el empleo que ocupaba el aquí accionante.

Se materializó así para este concursante un derecho subjetivo, sobre el que la Corte Constitucional, en sentencia CC T-186-2013, expresó:

[...] la jurisprudencia también ha identificado que resulta plenamente justificado, desde la perspectiva constitucional, que los ciudadanos que superan satisfactoriamente los procesos de selección, adquieran un derecho subjetivo, de índole superior, de ingreso al servicio público. Los derechos de carrera, así entendidos, garantizan de suyo un grado de estabilidad laboral para el aspirante que gana el concurso, quien solo podrá ser excluido del empleo conforme a las disposiciones constitucionales y legales. Estos derechos, a su vez, imponen un acceso preferente al cargo, que subordina la permanencia en el empleo del servidor que lo ostente y que no haya ingresado al mismo mediante concurso público de méritos.

[...]

9. En conclusión, existe un mandato constitucional expreso, de acuerdo con el cual el ingreso, permanencia y retiro del empleo público debe basarse en la evaluación acerca del mérito del aspirante o servidor del Estado. Por ende, la carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos. A su vez, la superación satisfactoria del concurso de méritos confiere al aspirante seleccionado un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible respecto de la Administración y de los servidores que ejercen el cargo ofertado en condición de provisionalidad. [Subrayas fuera de texto original].

En ese evento, entonces, [...] entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional.

El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica³.

Para la resolución de esa colisión la Corte Constitucional ha indicado que debe hacerse un ejercicio de ponderación, de tal forma que [...] en aquellas circunstancias en que sea

posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada, particularmente porque se está ante la pluralidad de cargos, sin que todos ellos se hayan proveído por el concurso, la autoridad administrativa estará obligada a preferir una solución razonable, basada en la protección simultánea de los derechos constitucionales del aspirante y del prepensionado⁴.

Así las cosas, retomando los criterios empleados por la Corte Constitucional en la sentencia CC T-729-2010, reiterados en la CC T-186-2013, se tiene que la decisión de las autoridades demandadas de desvincular a Heberth Benavides Ruiz y hacer nombramiento de la lista de elegibles resultó ser tanto idónea como necesaria, teniendo en cuenta que el empleo en cuestión lo proveyó con el aspirante que se encontraba en puesto n.º 1, esto es, el Luz Adriana Bazante Ramírez.

Luego entonces, dentro de ese preciso ámbito los demandados no contaban con un margen de maniobra que le permitiera mantener la vinculación de la accionante sin desconocer el derecho de quien superó con éxito las etapas del concurso de méritos.

Por las razones expuestas, se ratificará el fallo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas n.º 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia impugnada.

Segundo. Disponer el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de los fallos proferidos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Eyder Patiño Cabrera

Fernando León Bolaños Palacios

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005 y T-332 del 4 de mayo de 2006. CSJ STP Rad. No. 31.781, 32.327, 36.728, 38.650, 40.408, 41.642, 41.805, 49, 752, 50.399, 50.765, 53.544, 54.762, 57.583, 59.354, 60.917, 61.515, 62.691, 63.252, 64.107, 65.086, 66.996, 67.145, 68.727, 69.938 y 70.488.

2 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
ARTÍCULO 138. 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.

3 Ibídem.

4 Ibídem.