

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado ponente

STP3773-2018

Radicación n.º 97337

Acta 93

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

## ASUNTO

Se resuelve la impugnación formulada por Jorge Alberto Mejía Rojas frente a la sentencia proferida el 29 de enero de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, mediante la cual le negó la tutela interpuesta contra la Procuraduría General de la Nación, por la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso y la igualdad.

## ANTECEDENTES

### 1. Hechos y fundamentos de la acción

Fueron relatados por el A quo de la siguiente manera:

2.1. Refiere el accionante que por Resolución 332 del 12 de Agosto de 2015, la Procuraduría General de la Nación dio apertura y reglamentó la convocatoria del proceso de selección para proveer 739 cargos de carrera pertenecientes a los niveles ejecutivo,

profesional técnico, administrativo y operativo de la entidad.

2.2. - Se inscribió en la convocatoria 108-2015, correspondiente al empleo de Sustanciador, código 4SU grado 11, eligiendo como sedes de preferencia, las ciudades de Medellín, Cali, Valledupar y Bogotá.

2.3. - El 7 de abril de 2017, a través de la Resolución No. 113, el Procurador General de la Nación publicó la lista de elegibles, consecuencia de las etapas eliminatorias y clasificatorias del concurso de méritos, donde se ubica en el puesto 217 con un puntaje acumulado de 71,73.

2.4. - Mediante Resolución No. 6451 del 15 de diciembre de 2017, se dispuso nombrarlo para el cargo al cual concursó, en la Procuraduría Judicial I de Itzmina -Chocó-, desatendiendo de manera clara e injustificada las sedes por él seleccionadas. Así mismo, desconoce lo dispuesto en sentencia de tutela por el Tribunal Superior del Quindío en sentencia T-174-17 que ante un caso similar ordenó a la Procuraduría General de la Nación, realizar el nombramiento en las sedes elegidas por el concursante.

2.5. - En el mes de junio de 2016, le fue encontrada en la zona paranasal derecha una masa tumoral que le fue extirpada mediante procedimiento quirúrgico el 7 de octubre de 2016, por lo que se encuentra en un riguroso tratamiento médico con el fin de evitar la reaparición del tumor y su consecuente proceso operatorio, el cual se realiza en la ciudad de Valledupar, donde debe comparecer de manera recurrente para el control de la patología.

2.6. - En valoración realizada el 11 de enero de 2018, le fue diagnosticada “Sinusitis Crónica Poliposa” patología por la cual debe recibir seguimiento mensual y posible tratamiento quirúrgico según reporte de estudios, lo que hace evidente que no le es posible su desplazamiento hacia el departamento del Chocó, del que es conocido que no tiene las condiciones económicas y estructurales para brindar un servicio de salud digno, siendo el

único punto de atención de su EPS el Hospital Ismael Roldán de Quibdó, sitio donde no cuentan con servicio de Otorrinolaringología.

En razón de lo anterior se vio obligado rechazar el nombramiento que se le hiciera a Itsmina, hecho que consolidó la vulneración a sus derechos fundamentales a la igualdad, mérito, debido proceso, entre otros<sup>1</sup>.

## SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar negó el amparo al considerar que la accionada no adoptó una decisión arbitraria, pues el nombramiento del actor se hizo atendiendo, estrictamente, el orden de la lista de elegibles dentro de la cual ocupó el puesto 73 de 78.

Destacó que el precedente de la acción de tutela puesto de presente por el accionante, en el cual se concedió el amparo con fundamento en similares hechos a los narrados por el actor, fue revocado en segunda instancia por el Consejo de Estado.

Igualmente, sostuvo que los reparos del petente deben ser controvertidos en la jurisdicción contenciosa administrativa, resaltando que no se advertía la presencia de un perjuicio irremediable.

## LA IMPUGNACIÓN

El accionante reiteró los argumentos expuestos en el escrito de tutela.

## CONSIDERACIONES

### 1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la accionada vulneró los derechos al debido proceso y a la igualdad del interesado, al nombrarlo, al parecer, en una sede distinta a la que aspiró dentro de la convocatoria 108-2015.

Para resolver, previamente se verificará si se satisface el principio de subsidiariedad que rige 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 el interesado 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 judicial<sup>2</sup>.

2.2. En el presente caso, la Sala considera que, tal y como lo señaló el Tribunal Superior de Valledupar, el actor se equivocó al elegir la tutela como ruta para censurar el acto administrativo mediante el cual fue nombrado en el municipio de Itzmina -Chocó-, como producto de la convocatoria 108-2015 en la cual participó [empleo de sustanciador, código 4SU grado 11], ya que es claro que el camino al que debe concurrir es a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para exponer en ella los argumentos de carácter legal y

constitucional que avalen la tesis propuesta en su demanda; ello, porque no es de recibo que so pretexto de la violación de derechos fundamentales se intente trasladar una discusión propia de la jurisdicción ordinaria, para que de manera inconsulta sea desatada por la vía constitucional.

Lo anterior se encuentra soportado en el contenido del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que en su numeral 1° estableció como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia «de otros recursos o medios de defensa judiciales», salvo que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable<sup>3</sup>, el cual no se vislumbra en este asunto.

Es así como la autoridad llamada a solucionar el problema planteado por el actor es el juez de lo contencioso administrativo, quien previa demanda podrá decretar la nulidad de la resolución en la que fue nombrado en el municipio de Itsmina –Chocó- y así restablecer el derecho; con la posibilidad de solicitar, además, la suspensión del mismo, actuación regulada en el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011<sup>4</sup> y que en virtud del precepto 233 ejúsdem se puede resolver incluso desde la admisión de la demanda.

Sobre la suspensión provisional, la Corte Constitucional en sentencia CC SU-355/15, señaló:

La Ley 1437 de 2011 estableció en su artículo 231 una regulación diferente en materia de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo. Según esa norma podrá tomarse tal decisión cuando (i) se fundamente en la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en un escrito separado y (ii) cuando dicha infracción surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Prescribe además que (iii) si se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios es necesario que el solicitante pruebe, al menos sumariamente, su existencia.

En adición a lo anterior, la ley fijó un procedimiento claro con términos específicos para darle trámite a la solicitud de suspensión provisional –en tanto medida cautelar- (art. 233), así como una autorización especial para que la autoridad judicial, destaca la Corte, pueda acoger medidas cautelares de urgencia (art. 234) sin necesidad de agotar el trámite que como regla general se prescribe.

Es claro a partir de la nueva regulación que el acentuado rigor que gobernaba la procedencia de la suspensión provisional en vigencia del anterior Código –al exigirse no solo el planteamiento de la solicitud antes de ser admitida la demanda sino también la constatación de una manifiesta y directa infracción de las normas invocadas-, fue modificado sustancialmente al prescribirse ahora que podrá solicitarse en cualquier momento y que podrá prosperar cuando la violación “surja del análisis del acto demandado” y su confrontación –no directa- con las disposiciones invocadas. Que la violación justificatoria de la suspensión provisional pueda determinarse a partir del “análisis”, indica que la autoridad judicial tiene la competencia para emprender un examen detenido de la situación planteada, identificando todos los elementos relevantes para determinar si ocurrió una infracción normativa. No basta con una aproximación prima facie para afirmar o descartar la vulneración, en tanto el juez debe evaluar con detalle la situación y a partir de ello motivar adecuadamente su determinación.

La mencionada medida precisamente está contemplada para contener el perjuicio inmediato que se pueda presentar con ocasión de la decisión y, por ello, descarta la viabilidad de la demanda constitucional, incluso, como mecanismo de protección transitorio, al guardar identidad en los efectos que se pretenden soportar.

Así las cosas, la Sala encuentra que no es de su competencia considerar las inconformidades planteadas en el amparo constitucional, pues ello sería tanto como conocer el fondo del asunto y asumir funciones que no le está permitido conocer frente a la legalidad del cuestionado acto administrativo.

2.3 Resáltese que, si bien el demandante solicita la aplicación como precedente del fallo emitido por el Tribunal Administrativo del Quindío dentro del radicado n.o 63001-23-33-000-2017-00225-01, en el que se pusieron de presente hechos similares a los aquí expuestos, se tiene conocimiento que esa decisión fue revocada por el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2017, precisamente, al no acreditar lesión de garantías fundamentales.

2.4 En relación con el presunto desconocimiento del derecho a la igualdad, lo aportado al expediente constitucional no acredita que el accionante haya sido discriminado al interior del concurso en relación con otras personas.

Por las anteriores consideraciones se ratificará el fallo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas No. 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 Folios 72 a 73, cuaderno del Tribunal.

2 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.

3 Sentencia T226/07 de la Corte Constitucional (...)Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la imposterabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.

4 Nuevo Código Contencioso Administrativo.