

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado ponente

STP4843-2018

Radicación n.º 97782

Acta 117

Bogotá, D. C., doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por Jorge Enrique Gómez Chaves frente a la sentencia proferida el 12 de febrero de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, mediante la cual le negó el amparo propuesto en contra el Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico y la Coordinación del Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Penales SPOA por la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso, al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad.

Al presente trámite fueron vinculados la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y los ciudadanos que conforman la lista de elegibles para los cargos de escribiente nominado, tanto de los Juzgados Municipales como del Centro u Oficina de Servicios.

ANTECEDENTES

Hechos y fundamentos de la acción

Fueron relatados por el A quo de la siguiente manera:

[...] El ciudadano Jorge Enrique Gómez [Chaves], solicitó el amparo a su derecho fundamental al debido proceso en conexidad con el derecho fundamental al derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas, a la integridad personal, estabilidad laboral reforzada y seguridad social presuntamente vulnerado por el Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, Coordinador del Centro de Servicios Judiciales Juzgados Penales Sistema Penal Oral Acusatorio de Barranquilla y Jueces Penales Municipales y del Circuito de SPOA, y para ello argumentó que:

- (i) fue nombrado de manera provisional en el cargo de escribiente municipal grado nominado de Centro de Servicios Judiciales mediante resolución de fecha 28 de abril de 2010;
- (ii) el Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico expidió acto administrativo de fecha 7 de abril de 2017, donde se formula la lista de elegibles para el cargo de Escribiente de Juzgado municipal-grado nominado;
- (iii) presentó junto con otros compañeros medio de control de simple nulidad solicitando la suspensión provisional del acto administrativo referido y que a la fecha no ha sido resuelto;
- (iv) una de las compañeras también instauró acción de tutela, la cual primeramente se le concedió el amparo constitucional, ordenando la inaplicación del 7 de abril de 2017, hasta tanto se resolviera la medida de suspensión provisional, dentro de la demanda antes referenciada;
- (v) la Corte Suprema de Justicia en sala penal, resolvió revocar la sentencia impugnada y en su lugar negar la acción de tutela presentada por la compañera;
- (vi) la Coordinación del Centro de Servicios Judiciales convocó reunión para proveer dos

cargos en propiedad, en la que acordaron ratificar el acta de reunión de Jueces de fecha 26 de abril de 2017 respetando la antigüedad;

(vii) en dicha reunión no se tuvo en cuenta que una compañera renunció a su cargo en propiedad de Escribiente Municipal Grado Nominado, cargo ocupado por una persona nueva, por ello se acude a la presente acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable;

(viii) la solicitud de suspensión del acto o resolución administrativo da lugar a la condición de salud física y psicológica del accionante.

Por lo tanto, invocó el amparo a sus derechos fundamentales vulnerados y en consecuencia se ordene a la Coordinación del Centro de Servicios Judiciales SPOA de esta ciudad, se abstenga de proveer los cargos de escribiente.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla negó el amparo al considerar que el accionante tiene la posibilidad de acudir –como en efecto lo está haciendo- a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para alegar la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

Aseguró que la parte actora debe tener en cuenta que su nombramiento lo fue en provisionalidad y el cargo lo ocupó una persona que ganó el concurso de méritos de la Rama Judicial.

LA IMPUGNACIÓN

Jorge Enrique Gómez Chaves reiteró los planteamientos de la demanda e indicó que el amparo es procedente debido a las dolencias de salud que en la actualidad está afrontando,

razón por la que solicita ordenar al Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico que ordene su reintegro al cargo de escribiente o, en su defecto, ordenar su reubicación a un cargo de similares condiciones y categoría.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si las autoridades accionadas vulneraron los derechos al debido proceso, al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad del accionante, al emitir el Acuerdo CSJATA17-420, mediante el cual formuló la lista de elegibles para proveer el cargo que en la actualidad ocupa en provisionalidad.

La Sala reiterará los fundamentos expuestos por esta Corporación en fallo de tutela CSJ STP20774-2017, 30 nov.2017, rad. 93314, al interior del cual se trató un asunto similar al que es objeto del presente estudio.

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 judicial¹.

2.2. En el presente caso, la Corte considera que, razón le asistió al A quo cuando señaló que el actora se equivocó al elegir la tutela como ruta para censurar el acto administrativo mediante el cual el Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico formuló la lista de elegibles del cargo que en la actualidad ostenta en provisionalidad, ya que es claro que el camino al que debe concurrir –como en efecto lo está haciendo–, es a la Jurisdicción Contencioso 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 irremediable², el cual no se vislumbra en este asunto.

Es así como la autoridad llamada a solucionar el problema planteado por la actora es el juez de lo contencioso administrativo, quien previa demanda podrá decretar la nulidad del Acuerdo a través del cual se formuló la lista de elegibles del cargo que en la actualidad ostenta en provisionalidad; con la posibilidad de solicitar, además, la suspensión del mismo, actuación regulada en el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011³ y que en virtud del artículo 233 ejúsdem se puede resolver incluso desde la admisión de la

demanda.

Sobre la suspensión provisional, la Corte Constitucional en sentencia CC SU-355-2015, 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 asumir frente a la legalidad del cuestionado acto administrativo.

3. Aunque lo anterior sería suficiente para señalar que la tutela es improcedente, resulta necesario indicar que en el caso que se examina se debe tener 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:

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.

[...]

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].

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

1) La estabilidad en el cargo de Escribiente de Jorge Enrique Gómez Chaves era relativa, porque su nombramiento fue efectuado en provisionalidad.

2) Gómez Chaves tenía conocimiento de la precariedad de su estabilidad laboral, por la naturaleza de su nombramiento, debido a que era consciente que el cargo sería proveído mediante concurso de méritos.

Para los miembros de la lista de elegibles se materializó 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..

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 económica⁴.

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 prepensionado⁵.

En síntesis, el amparo es improcedente: i) ante el incumplimiento del principio de subsidiariedad que rige la acción de tutela y, ii) pese a que la accionante señala que presenta molestias de salud, el cargo que en la actualidad desempeña en provisionalidad, debe ser ocupado por las personas que participaron a través del concurso de méritos de la Rama Judicial.

Por las anteriores consideraciones, se ratificará el fallo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N° 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 el fallo impugnado.

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

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 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.

3 Nuevo Código Contencioso Administrativo.

4 Ibídem.

5 Ibídem.