

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS N° 1

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

STP871-2018

Radicación N° 96092

Acta 17

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Resolver la impugnación presentada por JULIÁN ALBERTO CAMACHO GARCÍA, respecto del fallo proferido el 17 de Noviembre de 2017 por la “Sala de Decisión Penal” del Tribunal Superior de Tunja, por medio del cual negó por improcedente la acción de tutela formulada contra la Procuraduría General de la Nación, por la presunta vulneración de los derechos de carrera administrativa e igualdad.

1. LA DEMANDA

El libelista relacionó como hechos en que soporta su acción de amparo los siguientes:

1. Participó en la convocatoria 051-2015 para el concurso de méritos convocado por la Procuraduría General de la Nación y dentro del cual aspiró al cargo de Profesional Universitario, código 3PU, grado 17, señalando como sede de preferencia Tunja y como sedes alternas Sogamoso, Chiquinquirá y San Gil.
2. La entidad accionada expidió la lista de elegibles en la cual ocupó el puesto 57, y lo nombró mediante Decreto No. 3308 del 15 de junio de 2017 en periodo de prueba en el cargo para el que concursó en la Procuraduría Provincial de Sogamoso, acto administrativo el cual relaciona que el mismo se encuentra ocupado en la modalidad de nombramiento en provisionalidad por la doctora LIDIA MARVEL URIBE MORENO, funcionaria que para dicha fecha se encontraba en licencia de maternidad y hasta el 2 de septiembre de 2017, vinculación que debe prorrogarse con ocasión del periodo de lactancia a que por ley le corresponde.
3. Refiere que conforme el artículo 189 del Decreto Ley 262 de 2000, en los eventos en que se surta una situación como la hasta ahora relatada “el concurso convocado continuará su curso y el nombramiento de quien ocupe el primer puesto será efectuado una vez venza el término de la provisionalidad.”, razón por la cual la Procuraduría General de la Nación, diferirá los efectos jurídicos de su nombramiento hasta tanto se venza el nombramiento en provisionalidad de la doctora Lidia Marvel Uribe Moreno, en consonancia con lo dispuesto en la norma citada, circunstancia legal que hará que su vinculación se realice sólo hasta el 3 de marzo de 2018.
4. Señala que el 29 de junio le fue notificado su nombramiento y mediante escrito del 8 de julio de 2017, comunicó a la entidad accionada la aceptación del cargo.
5. Adiciona que tiene conocimiento que para el Departamento de Boyacá la mayoría de participantes del concurso que hacen parte de la lista de elegibles –incluso quienes se encuentran después del puesto ocupado por él- ya se han posesionado, sin que para ello se

hubiera considerado la situación administrativa de los cargos que hoy ocupan, y “es en ese aspecto que se adverá la vulneración a los principios de igualdad sustancial”

6. Esgrime que el 05 de Julio de 2017, elevó petición de interés particular ante la entidad accionada, para solicitar le fuera informado, entre otros, la situación administrativa de los cargos de la misma clasificación ubicados en la ciudad de Tunja (3 en la Procuraduría provincial de Tunja y uno en la Procuraduría Regional de Boyacá), y que serán provistos con ocasión del concurso 051-2015, y la posición que ocupaba quien fue nombrado en cada cargo, según la lista de elegibles, requerimiento atendido mediante respuesta del 2 de agosto siguiente en el que se indicaba que los cargos de Profesional Universitario, código 3PU, grado 17 con sede de trabajo en la ciudad de Tunja se asignaron a los aspirantes que ocuparon los puestos 7, 23, 39 y 52 de la lista de elegibles, y todos ellos aceptaron la designación. Por esta razón, el nombramiento se dio en la sede opcionada inmediatamente siguiente, que es la ciudad de Sogamoso.

7. Refiere que en respuesta a derecho de petición formulado por otro de los concursantes la entidad accionada informó “las sedes de preferencia elegidas por las personas que ocuparon los primeros 118 posiciones en la Lista de Elegibles, y los cargos ofertados y no ofertados, y que se encuentran en situación de provisión por encontrarse en provisionalidad y/o se encuentran en vacancia definitiva,” lo cual le permite determinar que “en la Procuraduría Provincial de Tunja existen dos cargos no convocados, y un cargo en la Procuraduría Regional de Boyacá, los cuales pueden ser asignados a quienes la procuraduría tiene el deber de implementar acciones de protección, como lo son las madres cabeza de familia, prepensionados y funcionarios en situación de discapacidad.”

8. Relacionó su propio análisis respecto de la sentencia de unificación SU-070 de 2013, en cuanto al tema del denominado reten social, y señala que este se constituye en el mecanismo de garantía a la estabilidad laboral reforzada para proveer protección a los derechos de los trabajadores en el marco de los procesos de reestructuración del Estado,

para casos en los cuales no existan otros cargos o vacantes para reubicar a las personas cuya protección ha de dispensarse; razón por la cual considera debe observarse que en su caso particular y concreto existen más cargos que no salieron a concurso y con los cuales puede la entidad accionada sortear su obligación de garantizar los derechos que le asisten a las personas que deben gozar de estabilidad laboral reforzada y de los participantes del concurso de méritos.

9. Señala que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que al encontrarse en conflicto derechos “como el de la protección a la maternidad versus el acceso a cargos públicos por concurso, 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 hayan sido provistos 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 protegido constitucionalmente.”

10. Argumenta que la Dra. Lidia Marvel Uribe Moreno, ya se reintegró al cargo en discusión y que solicitó protección de estabilidad laboral reforzada por ser madre cabeza de familia y que en caso de accederse a ello podría ser nombrada en la Ciudad de Tunja, en alguno de los cargos de similares características no ofertados en el concurso, y proceder a nombrar sin mayor espera al accionante en la ciudad de Sogamoso, donde inicialmente se encuentra decretado el nombramiento.

11. Pone en conocimiento, que en la actualidad tiene a su cargo dos menores de edad, de 8 y 9 años, deportistas en academias deportivas de natación y taekwondo en Tunja, matriculados y actualmente activos en el Colegio Galileo Galilei, quienes dependen tanto económica como sentimentalmente de él y con quienes ha construido lazos afectivos profundos.

Así, recurre al mecanismo de amparo para obtener la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y trabajo entre otros presuntamente vulnerados por la entidad accionada, y en consecuencia pretende que se deje sin efecto el Decreto No. 3308 del 15 de junio de 2017 y se ordene a la Procuraduría General de la Nación proceder de manera inmediata a rehacer la actuación, emitiendo nuevo acto administrativo que garantice correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada.

2. EL FALLO IMPUGNADO

La “Sala de Decisión Penal” del Tribunal Superior de Tunja negó por improcedente el mecanismo de tutela por cuanto el accionante cuenta con otro mecanismo judicial de defensa denominado nulidad y restablecimiento del derecho, al cual puede acudir para alcanzar la pretensión aquí formulada, además porque no se avizora un perjuicio irremediable que dé vía libre al estudio de la acción constitucional propuesta.

3. LA IMPUGNACIÓN

El libelista, impugnó el fallo con fundamento en los mismos razonamientos del libelo, y reiteró la solicitud del amparo deprecado.

4. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido por los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo proferido por la “Sala de Decisión Penal” del Tribunal Superior de Tunja.

2. Según el artículo 86 de la [Constitución Política](#), toda persona ostenta la facultad para promover acción de tutela con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. En el presente caso, según lo advirtió el a quo, no es la acción de tutela el escenario apto para proponer una discusión en torno de la decisión adoptada dentro del concurso de méritos que se lleva a cabo por parte de la Procuraduría General de la Nación –Convocatoria 051-2015- para proveer en carrera administrativa los cargos de Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17, puesto que deviene claro que la vía a la cual debió concurrir el accionante no era diferente a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En efecto, la queja propuesta por el accionante recae en el nombramiento que le fue dispensado mediante Decreto No. 3308 del 15 de junio de 2017 en un cargo que si bien fue para el cual se postuló y ganó por concurso de méritos, se encuentra ocupado en provisionalidad por una funcionaria amparada bajo protección laboral reforzada.

4. Así las cosas, se evidencia que la inconformidad del libelista se contrae, según su criterio, a la aparente amenaza de sus derechos por no poder ser posesionado en el cargo para el que fue nombrado, pues considera que la entidad accionada puede conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la disponibilidad de cargos en el mismo Departamento de Boyacá, garantizar sus derechos a la igualdad y de carrera administrativa, y la garantía de estabilidad laboral reforzada de la funcionaria que hoy ocupa el cargo en provisionalidad y no lo ha hecho.

4.1. Por manera que, relevada se encuentra la Sala de considerar las quejas planteadas en

el libelo, toda vez que ello sería tanto como conocer el fondo del asunto, esto es, entrar a determinar si el nombramiento del accionante en un cargo que se encuentra ocupado por otro funcionario que goza de protección laboral reforzada, viola el contexto normativo que reguló la convocatoria, o desconoce la jurisprudencia constitucional, pues ello equivaldría a asumir funciones que no le competen frente a la legalidad de los actos administrativos, los que, se reitera, debieron ser expuestos ante el juez natural a través de los mecanismos judiciales previstos en el ordenamiento, de modo que si por cualquier razón no se hace uso de ellos, no es dable acudir a este mecanismo constitucional para enmendar esa omisión.

5. De allí que no resulta admisible la pretensión del accionante tendiente a la sustitución del juez natural por la del juez de tutela, en la medida en que la jurisprudencia constitucional ha sido pródiga en señalar que de cara a concursos abiertos los derechos de los aspirantes no son absolutos sino meras expectativas frente a las resultas de los mismos, luego ello quiebra la alegada vulneración de los derechos fundamentales invocados a través del mecanismo subsidiario, máxime cuando del acervo probatorio concurrente en el trámite tutelar se evidencia que contrario a las afirmaciones del libelo, está acreditado el cumplimiento de las garantías del derecho al trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos, pues efectivamente tal y como se advierte del escrito tutelar la entidad accionada garantizó mediante su nombramiento el derecho a la igualdad que se reclama.

5.1. Por manera que, no se evidencia que la entidad accionada haya incurrido en violación a derecho fundamental alguno del accionante, puesto que en el ejercicio de sus facultades procedió a efectuar su nombramiento conforme el mérito alcanzado por aquél en la convocatoria 051-2015; siendo cosa diferente que la posesión en el cargo esté sujeta a la terminación de la vinculación de quien hoy ocupa el cargo en virtud de la protección señalada, y pretenda por este excepcional medio constitucional desconocer los mecanismos de defensa que el ordenamiento le ofrece, para controvertir tal decisión.

6. Valga reiterar que, tratándose de concursos de méritos, si bien la tendencia de la Corte

Constitucional ha tomado más fuerza frente a la viabilidad de la acción de amparo en ciertos casos, la misma se observa constante tratándose de procesos finiquitados en los cuales, habiéndose consolidado expectativas a favor de los aspirantes, las autoridades encargadas omiten los resultados y los derechos que se ven reflejados en las listas de elegibles; de manera particular, ser designado en caso de ser el primero de la misma. Situación diferente acaece cuando lo que se pretende a través de la acción de tutela es modificar o dejar sin efectos el acto administrativo posterior al concurso y con el cual se dispone el nombramiento del participante que ha superado todas las etapas, porque le resulte contrario a sus intereses o expectativas frente al cargo ofertado, que es precisamente lo que hace el demandante en el asunto bajo estudio. En los siguientes términos se refirió dicho Tribunal (CC T-1110/03):

La jurisprudencia constitucional ha explicado que el amparo por vía de tutela en esta materia no es absoluto sino que está restringido a aquellos eventos relacionados con el rechazo del mérito como criterio relevante para acceder a los cargos, en detrimento de principios de objetividad y buen servicio que en muchas ocasiones se refleja con el desconocimiento de la lista de elegibles para proveer vacantes en la administración pública. Ante la arbitrariedad la tutela se constituye como el único medio idóneo para garantizar la protección de los derechos de quien ha resultado lesionado con una conducta de tal entidad.

(...)

Por el contrario, el cuestionamiento sobre la conformación de la lista de elegibles, el desarrollo de una determinada prueba o su elaboración, o el posible primer puesto que puede llegar a tener un aspirante dentro del registro, son problemas en principio ajenos al ámbito constitucional y deben ventilarse ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, escenario idóneo para debatir asuntos de esta naturaleza, así como cualquier otro que surja en el trámite y desarrollo del proceso de selección, clasificación o

integración de la lista de elegibles (subrayas fuera del texto).

7. También es pertinente señalar que la tutela se ofrece igualmente improcedente aun como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en el entendido que en modo alguno se acreditó de qué forma el mismo se configura en el presente caso de conformidad con los presupuestos exigidos por la jurisprudencia, relacionados con la inminencia, urgencia y gravedad de los hechos (CC T-226/07).

8. Son las anteriores razones las que llevan a la Sala, a despachar desfavorablemente el amparo invocado y en consecuencia, a confirmar la sentencia impugnada.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sala de Decisión en Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero-. CONFIRMAR el fallo recurrido.

Segundo-. Notificar esta decisión en la forma prevista por el Decreto 2591 de 1991.

Tercero-. Remitir el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria