

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado Ponente

STP3756-2019

Radicación n.º 103588

(Aprobado Acta n.º 73)

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

Se resuelve la acción de tutela promovida por Carmen Omaira Moreno Mosquera, quien acude a través de apoderado judicial, contra el Tribunal Superior de Quibdó y la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Chocó, por la presunta vulneración de sus derechos al trabajo, a la dignidad humana, a la pensión, a la seguridad social, al mínimo vital y la protección a la mujer cabeza de familia.

Al presente trámite se ordenó vincular a Sirley Palacios Bonilla [quien en la actualidad ocupa el puesto de Juez Promiscuo Municipal de Atrato y los participantes al concurso de méritos realizado a través del Acuerdo CSJCHA18-21 del 6 de julio de 2018.

ANTECEDENTES

1. Fundamentos de la acción

1.1. De acuerdo con la información obrante en el expediente, se tiene que desde el 22 de octubre de 2012 Carmen Omaira Moreno Mosquera se encuentra vinculada en

provisionalidad, como Juez Promiscuo Municipal de Atrato – Chocó.

1.2. Al tener conocimiento de que dicho cargo fue ofertado para su respectiva provisión mediante concurso de méritos y ante la inminente conformación de la lista de elegibles, el 8 de agosto de 2018 la accionante presentó derecho de petición en el que solicitó mantener su vinculación a la Rama Judicial, por ostentar una estabilidad laboral reforzada de prepensionada.

1.3. Mediante oficio n.º CSJCHOP18-593 del 15 del mismo mes y año, la Presidenta del Consejo Seccional de la Judicatura del Chocó, le informó que:

[...] la solicitud no contiene los soportes que acreditan su condición de persona próxima a pensionarse, pues de conformidad con lo dispuesto en el Art. 131 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la función de vinculación o desvinculación de funcionarios y empleados al servicio de la Rama Judicial, sólo está dada a las autoridades nominadoras, que para el caso de Juez de la República corresponde al respectivo Tribunal Superior o Contencioso Administrativo, según el caso¹.

1.4. De igual modo, en oficio 028 P-TSQ del 23 de agosto siguiente, la Presidenta del Tribunal Superior de Quibdó, le indicó lo siguiente:

[...] esta Sala, acorde a la lista de elegibles vigente para el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Atrato, nombró en propiedad a la persona que conforme a las reglas de carrera ocupó el primer lugar; sin embargo, teniendo presente que usted ostenta la condición de pre pensionada, en la medida que resulte una vacante en un cargo de la misma jerarquía o equivalencia, será tenida en cuenta en garantía de sus derechos fundamentales, siempre y cuando para el mismo no exista lista de elegibles en virtud del concurso de méritos².

1.5. Dicho cuerpo colegiado nombró en propiedad, en el cargo que venía siendo ocupado por la accionante, a Sirley Palacios Bonilla, quien se posesionó el 13 de noviembre de esa

anualidad.

1.6. Inconforme con lo anterior, Moreno Mosquera, por conducto de abogado, promovió acción de tutela en contra de las referidas autoridades por la vulneración de sus derechos al trabajo, a la dignidad humana, a la pensión a la seguridad social, al mínimo vital y la protección a la mujer cabeza de familia, al ser desvinculada de la Rama Judicial, sin que, al parecer, se considerara su condición de prepensionada.

Aseguró que en la actualidad cuenta con 57 años de edad, sumado a que es madre cabeza de familia que responde por todos los miembros de ella [esposo, hijos, nieto y hermano].

Manifestó que está ad portas de acceder a la pensión de vejez y en nómina de pensionados, pues tan solo le falta menos de 2 años de cotización para acceder al reconocimiento de la mesada.

CONSIDERACIONES

1. El problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si las autoridades accionadas vulneraron los derechos al trabajo, a la dignidad humana, a la pensión, a la seguridad social, al mínimo vital y la protección a la mujer cabeza de familia de la interesada, por ser desvinculada de la Rama Judicial, sin que, al parecer, se tuviera en cuenta su condición de prepensionada.

2. Acotación previa

Si bien el apoderado de la accionante presentó escrito vía e-mail en el que indicó que desistía del presente accionamiento, también lo es que con posterioridad refirió³ que tal manifestación se debió a que en principio remitió la demanda vía correo electrónico y en ella no estaban las pruebas con que se fundamentan las pretensiones.

Como quiera que el presente expediente se encuentran tales documentos, la parte actora solicitó proseguir con el respectivo trámite y conocer de fondo la demanda, como en efecto pasa a estudiarse.

Para resolver, previamente se verificará si se satisfacen los principios que rigen el ejercicio de la acción.

3. Improcedencia de la tutela por ruptura de los principios de subsidiariedad

3.1. 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 judicial⁴.

3.2. En el presente asunto, se tiene que Carmen Omaira Moreno Mosquera se encuentra inconforme con las actuaciones administrativas adelantadas por los demandados, que culminaron con la designación en propiedad de Sirley Palacios Bonilla (cuya posesión fue el 13 de noviembre de 2018) para el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Atrato, lo cual generó que aquélla terminara desvinculada de la Rama Judicial, sin que, al parecer se tuviera en cuenta que gozaba de una estabilidad laboral reforzada en su calidad de

prepensionada.

Al respecto, se observa que la actora pudo exponer sus reparos a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁵, 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 subsidiaridad que la rige. Por lo tanto, es improcedente.

4. Derechos de los empleados nombrados en provisionalidad frente a los participantes del concurso de méritos

Aunque lo anteriormente señalado sería suficiente para negar el amparo, 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 de la 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 Juez Promiscuo Municipal de Atrato de Carmen Omaira Moreno Mosquera era relativa, porque su nombramiento fue efectuado en provisionalidad.
- 2) Moreno Mosquera tenía conocimiento de la precariedad de su estabilidad laboral, por la naturaleza de su vinculación, 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. [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 económica⁶.

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 prepensionado⁷.

4. En síntesis, la acción de tutela es improcedente: i) ante el incumplimiento del principio de subsidiariedad que rige la acción de tutela y, ii) pese a que el accionante señala que ostenta la calidad de prepensionada, el cargo que ejercía en provisionalidad, debía ser ocupado por las personas que participaron a través del concurso de méritos de la Rama Judicial.

Por las anteriores consideraciones, se negará el amparo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas n.º 3 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. Negar la acción de tutela presentada por Carmen Omaira Moreno Mosquera, quien acude a través de apoderado judicial.

Segundo. Ordenar que, si la decisión no es impugnada ante la Sala de Casación Civil de esta Corporación, se remita el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Eyder Patiño Cabrera

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Cfr. Folio 13 – cuaderno n.º 1.

2 Cfr. Folios 16 y 17 – ibídem.

3 Cfr. Folio 93 – ibídem.

4 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.

5 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. [subrayas fuera de texto].

6 Ibídem.

7 Ibídem.