

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado Ponente

STP615-2019

Radicación n.º 102138

17

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019)

ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por María Edilma Pérez Pan, frente al fallo emitido el 23 de octubre de 2018, por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante el cual negó la tutela interpuesta contra el Tribunal Superior de Yopal, el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Administrativa- y la Unidad de Administración de Carrera Judicial por la presunta vulneración de sus derechos al trabajo, a la seguridad social, a la estabilidad laboral.

Al presente trámite fueron vinculados el Consejo Seccional de la Judicatura de Tunja y el señor Alfonso Antonio Sarmiento Olarte.

ANTECEDENTES

Hechos y fundamentos de la acción

Fueron relatados por el A quo de la siguiente manera:

Narró que ha laborado al servicio de la rama judicial en diferentes cargos por más de 32 años; que procreó un hijo con su compañero sentimental el cual en el 2006, fue asesinado por un grupo al margen de la ley, por lo que dio a que se le reconociera a su familia como víctimas de la violencia mediante resolución 2014-643400 emanada por la Unidad para la Atención y Reparación de Víctimas.

Indicó que posteriormente, fue amenazada por los mismo grupos al margen de la ley, lo que dio lugar a la expedición de una nueva resolución que la reconoció como víctima de un segundo hecho, el desplazamiento forzado, razón por la que fue asignada como Juez en el Municipio de Bahía Solano (Chocó) y luego como Juez en el Departamento del Casanare, inicialmente en Orocué y después trasladada al Municipio de Aguazul, desempeñándose como Juez Segundo Promiscuo Municipal.

Manifestó que durante toda su vida ha tenido a cargo a su madre y a su hermano, quien es una persona discapacitada mentalmente; que debido a la carga laboral y a sus situaciones personales se le ha presentado un cuadro de enfermedad denominado «depresión crónica recurrente», por la cual ha tenido varias incapacidades.

Resaltó que, aun así, conociendo previamente su situación el Consejo Superior de la Judicatura y el Tribunal Superior de Yopal, procedieron a nombrar en propiedad a Alfonso Antonio Sarmiento Olarte, en el cargo de Juez Segundo Promiscuo Municipal de Aguazul, cargo en el cual se desempeñaba.

Con base en lo anterior, informó su condición de salud, la cual se encuentra en estudio para la calificación de su enfermedad en la EPS, como también su condición de madre cabeza de familia, por lo que solicitó que se le concediera la estabilidad reforzada, pero esa petición fue negada por la Unidad de Administración de Carrera Judicial, en razón a que por tratarse de un cargo sobre el cual se realizó un concurso de méritos prima esta situación frente a la estabilidad relativa de quienes han sido designados en provisionalidad, por lo que mediante

Acuerdo 075 de 23 de agosto de 2018 el Tribunal cuestionado nombró en propiedad a Alfonso Antonio Sarmiento Olarte, quien se presentó el 8 de octubre al juzgado, fecha en la que quedó cesante.

Con fundamento en lo anterior, solicitó que se le protejan sus derechos conculcados y, en consecuencia, se disponga su reintegro al cargo de Juez Segundo Promiscuo Municipal de Aguazul o se reubique a otro cargo de igual o mejor categoría y con ello, se paguen los salarios y emolumentos que dejó de percibir desde el momento en que entregó el cargo, es decir, desde el 8 de octubre de 2018.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala de Casación Laboral de esta Corporación negó el amparo incoado por la demandante, al advertir que tiene la posibilidad de acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para cuestionar los actos administrativos mediante los cuales se ordenó la provisión en propiedad del cargo que venía ocupando en provisionalidad, además, descartó que ostentara algún tipo de condición que amerite estabilidad laboral reforzada.

LA IMPUGNACIÓN

La actora reiteró los argumentos esbozados en el escrito tutelar, solicitó que se revoque la decisión de primera instancia y se conceda el amparo de sus derechos fundamentales.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si las autoridades accionadas vulneraron los derechos al trabajo, a la seguridad social, a la estabilidad laboral de la interesada, por ser desvinculada de la Rama Judicial, sin que, al parecer, se tuviera en cuenta que contaba con una

estabilidad laboral reforzada.

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 de los principios 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 judicial².

2.2. En el presente asunto, se tiene que María Edilma Pérez Pan se encuentra inconforme con las actuaciones administrativas adelantadas por los demandados, que culminaron con la designación en propiedad de Alfonso Antonio Sarmiento Olarte (cuya posesión fue el 8 de octubre de 2018) para el cargo de Juez 2º Promiscuo Municipal de Aguazul, 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.

Al respecto, se observa que razón le asistió al A quo cuando indicó que la parte actora se

equivocó al elegir la tutela como ruta para censurar dicha actuación, ya que es claro que el camino al que debe concurrir 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 irremediable³, 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 podrá anular la decisión mediante la cual se ordenó su desvinculación del cargo que venía desempeñando en la Rama Judicial y así restablecer el derecho; además, con la posibilidad de solicitar, la suspensión de la misma, actuación regulada en el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011⁴ y que en virtud del artículo 233 ejúsdem, se puede resolver incluso desde la admisión de la demanda.

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 de los cuestionados actos administrativos.

3. 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 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 Juez 2º Promiscuo Municipal de Aguazul de María Edilma Pérez Pan era relativa, porque su nombramiento fue efectuado en provisionalidad.
- 2) Pérez Pan 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 o el traslado de un funcionario en propiedad, como aquí ocurrió.

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 garantías constitucionales. Por un lado, el 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 y, por el otro, la protección de los derechos fundamentales de la persona que ocupa un cargo en provisionalidad, que se verían intervenidos por el retiro del cargo.

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 de los implicados⁵.

Así las cosas, retomando los criterios empleados por la Corte Constitucional en la sentencia CC T-729/10, reiterados en la CC T-186/13, se tiene que la decisión de los accionados de desvincular a María Edilma Pérez Pan resultó ser tanto idónea como necesaria, teniendo en cuenta el mismo debía proveerse de la lista de elegibles o por aceptación de un traslado, último evento que se concretó en este evento.

Luego entonces, dentro de ese preciso ámbito la Rama Judicial no contaba con un margen de maniobra que le permitiera mantener la vinculación del accionante sin desconocer el derecho de quien superó con éxito las etapas del concurso de méritos y contaba con su derecho a la carrera judicial.

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

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Folios 40 y ss, cuaderno de la Corte.

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 impostergabilidad 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.

5 Ibídem.

