

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

STP9746-2019

Radicación n° 105270

Acta 166

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

Resolver la impugnación presentada por Claudia Lorena Tomé Moncada, respecto del fallo proferido el 14 de mayo del año en curso por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, a través del cual negó el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso administrativo, trabajo, acceso a cargos públicos, confianza legítima y unidad familiar, dentro de la acción de tutela que promovió contra de la Procuraduría General de la Nación.

1. LA DEMANDA

Los hechos que soportan la petición de amparo los compendió el Tribunal en los siguientes términos:

«1. La accionante Claudia Lorena Tomé Moncada, afirmó que la Procuraduría General de la Nación, dio apertura a concurso abierto de méritos para proveer 739 empleos de carrera en esta entidad, proceso que se reguló por medio de la Resolución 332 del 12 de agosto de

2015 y del que se derivó la Convocatoria No. 051 de la misma anualidad, con el fin de proveer 118 cargos de Profesional Universitario 3PU grado 17, en el cual se inscribió para ocupar el aludido cargo en alguna de las plazas de Pereira como sede principal, Manizales y Santa Rosa de Viterbo sedes alternas.

Indicó que una vez superadas todas las etapas del medio de selección, en el mes de mayo de 2017 se publicó la lista de elegibles, desde el puesto número 1 hasta el 265, ocupando la accionante la ubicación 215. De manera posterior, se efectuaron los nombramientos de los cargos ofertados utilizando la lista de elegibles hasta la posición 150, dado que algunos participantes no accedieron a los empleos por diversos motivos.

2. Manifestó que el día 1 de junio de 2018, envió mediante correo electrónico derecho de petición a la PGN solicitando su nombramiento en la Procuraduría Provincial de Cartago, Valle, o en la Procuraduría Provincial de Buga por encontrarse vacantes; pero el 6 de junio de 2018 mediante correo electrónico la PGN le comunicó el Decreto 2619 del 31 de mayo de 2018, por medio del cual se la nombra en el cargo de Profesional Universitario 3PU Grado 17 en la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Viterbo. Indicando que la convocatoria no incluyó la sede de Cartago, la que con seguridad hubiese escogido, sin embargo, según la norma de la convocatoria, las sedes de escogencia era tan solo un criterio referencial, para determinar la preferencia de los concursantes.

Teniendo en cuenta que su nombramiento se realizó en Santa Rosa de Viterbo, mediante escrito de fecha 15 de junio de 2018, envió escrito de no aceptación, solicitando la no exclusión de la lista, pues la no aceptación obedecía a razones ajenas a su voluntad (por razones de estudio y unidad familiar) de conformidad con el inciso 6 del artículo 216 del Decreto 262 de 2000, las que se produjeron con posterioridad a la inscripción.

3. Mediante oficio del 3 de agosto de 2018, la Secretaria General de la PGN, atiende su solicitud indicando los motivos por los cuales no era procedente ubicarla en Cartago y/o

Buga; con ocasión a la anterior respuesta el 7 de septiembre de 2018, envía nuevamente derecho de petición a la PGN, donde solicita se le informe qué posición ocupaba actualmente en la lista de elegibles luego del proceso de consolidación, y donde igualmente reiteró su petición en cuanto a su nombramiento en la Procuraduría Provincial de Cartago, sin obtener respuesta alguna a dicho derecho de petición, por lo cual decide nuevamente el 11 de enero y 5 de marzo de 2019, elevar derecho de petición insistiendo en la misma solicitud.

Peticiones que no se resolvieron, y que a través de comunicación vía correo electrónico de fecha 27 de marzo de 2019, se le informa que el Procurador General de la Nación, profirió el Decreto No. 855 del 21 de marzo de 2019, por el cual se revoca el Decreto No. 2619 del 31 de mayo de 2018, en la cual se la había nombrado en periodo de prueba y la excluyen de la lista de elegibles; aduciendo la PGN las razones por las cuales se le excluye de la convocatoria.

Con fundamento en los anteriores hechos, solicita la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso administrativo, trabajo, acceso a cargos públicos, confianza legítima y unidad familiar, conforme con lo cual pretende que se ordene a la Procuraduría General de la Nación revoque el Decreto No. 855 del 21 de marzo de 2019, en lo pertinente a su exclusión de la lista de elegibles dentro del concurso público de méritos del cual es participante.

2. EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Buga denegó la petición de amparo bajo el argumento principal, que la acción de tutela no es el instrumento idóneo para controvertir actos administrativos, menos aun cuando el Decreto 855 del 21 de marzo de 2019 no está en firme, dado que contra él se interpuso recurso de reposición que no ha sido resuelto.

Además, resaltó que las reglas de la convocatoria establecieron que eran 118 los cargos llamados a la provisión mediante concurso de méritos, sumatoria que se superó sin que la

actora se ubicara dentro de las plazas elegibles.

Sin embargo, todos los cuestionamientos que expone la demandante puede presentarlos, bien mediante demanda de nulidad ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, escenario en el que cuenta con la posibilidad de solicitar medidas cautelares o a través de incidente de desacato ante el Tribunal Superior de Manizales, dentro de la acción de tutela que ordenó que se suplieran todos los cargos vacantes en la Procuraduría General de la Nación mediante la lista de elegibles de la que hace parte la accionante.

Así, al encontrar que la acción de tutela es improcedente despachó desfavorablemente su solicitud.

3. LA IMPUGNACIÓN

En sustento de su inconformidad, la actora reiteró los argumentos de procedencia excepcional de la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable, haciendo énfasis en que no es necesario agotar la vía gubernativa para acudir a la presente petición de amparo.

Igualmente, denota que es evidente el claro trato desigual entre los concursantes designados en la primera y segunda fase de nombramientos, ya que no se les aplicó el nuevo Concepto de la Oficina Jurídica de la Procuraduría, razón por la cual no se les excluyó de la lista de elegibles y tampoco se hizo un estudio riguroso de las razones ajenas a sus voluntades para no aceptar las iniciales designaciones.

Por lo anterior, y fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional sostiene que su petición es procedente y conforme con ello, solicita que se revoque la decisión de primera instancia, máxime cuando está debidamente acreditada la afectación a sus derechos fundamentales.

4. CONSIDERACIONES

1. Previo a abordar el estudio de la demanda de tutela le corresponde a la Sala pronunciarse sobre el impedimento manifestado por el Doctor Jaime Humberto Moreno Acero, toda vez que participó, junto a sus compañeros de Sala del Tribunal Superior de Buga, en el estudio de la sentencia de tutela objeto de impugnación en el presente trámite.

En efecto, el numeral 6º del artículo 56 de la ley 906 de 2004, consagra como causal de impedimento que el funcionario haya “dictado la providencia cuya revisión se trata o hubiere participado durante el proceso”.

De conformidad con la anterior normativa, es evidente que en este asunto procede la causal de impedimento manifestada por el doctor Jaime Humberto Moreno Acero, toda vez que integró la Sala que emitió el fallo cuestionado en esta acción de tutela, incluso salvó el voto contra la misma, argumento suficiente para apartarlo de su conocimiento, ya que se echaría de menos el compromiso de imparcialidad. En consecuencia, aceptará el impedimento manifestado por el doctor Jaime Humberto Moreno Acero.

2. Igualmente, cabe mencionar que estando en trámite la presente impugnación, el 9 del presente mes y año, la actora allegó memorial en el que anexa la Resolución N° 493 del 10 de mayo de 2019, por medio de la cual el Procurador General de la Nación dispuso confirmar el Decreto 855 de 21 de marzo de 2019; así como también, el registro civil de defunción de su señor padre, como medio para acreditar la autenticidad de sus afirmaciones sobre el delicado estado de salud, como justificación para no tomar posesión del cargo al que fue nombrada.

3. Dicho lo anterior, se tiene que la Sala es competente para conocer del presente asunto conforme lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.2.1., del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, toda vez que el reproche involucra una decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, de la cual la Corte es su superior

funcional.

4. El mecanismo de amparo a que alude el artículo 86 de la Carta Política, consagra a favor de las personas la facultad de promover la acción de tutela con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión les 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 o, existiendo, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

5. En el caso bajo estudio tal y como lo advirtió el a quo, de entrada habrá de decirse que equivocó la petente la ruta para censurar el acto administrativo adverso a sus intereses.

En síntesis, la queja propuesta por la parte actora recae en la expedición del Decreto 855 del 21 de marzo de de los cursantes, por medio de la cual la entidad demandada, no accedió a nombrarla en la plaza de Cartago, valle, y la excluyó de la lista de elegibles al no encontrar acreditado y justificadas las causas que la llevaron a no aceptar el nombramiento en la ciudad de Santa Rosa de Viterbo, donde inicialmente fue nombrada.

6. Emerge claro que puede el libelista controvertir dicha decisión a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con la posibilidad de solicitar medidas cautelares frente al acto que se estima violatorio de sus derechos fundamentales, petición regulada en el artículo 229 y ss. de la Ley 1437 de 2011 y que en virtud del artículo 233 ejusdem puede resolverse incluso desde la admisión de la demanda.

Así las cosas, evidente resulta que dicha medida provisional precisamente se encuentra instituida para contener el perjuicio inmediato que se pueda presentar con ocasión del acto y bajo ese entendido, dicho mecanismo de defensa judicial se ofrece eficaz e idóneo para plantear la controversia en cuestión, descartándose así la viabilidad de la demanda constitucional según lo aduce la parte actora, al guardar identidad en los efectos que se

pretende conjurar.

Sobre el particular precisó la Corte Constitucional en sentencia CC SU- 037 de 2009:

“6.2.4. Respecto de los mecanismos de defensa judicial principales u ordinarios, esta Corporación ha sostenido que debe evaluarse el hecho de “que no todos tienen similares características, pues algunos son procesalmente más rápidos y eficaces que los demás”. Bajo ese entendido, ha dicho la Corte que, tratándose de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, que se ejercen ante la jurisdicción contencioso administrativa, éstas se consideran mecanismos en principio más eficaces en cuanto su ejercicio puede ir acompañado de la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo atacado, solicitud que debe ser resuelta en el auto admisorio de la demanda.

La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, “hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto”. El tema fue abordado por la Corte en la Sentencia T-640 de 1996, en los siguientes términos:

“....resulta ser que la suspensión provisional de los actos administrativos es trámite que se ubica como una de las medidas que deben solicitarse antes de que sea admitida la demanda que se formule en contra del acto correspondiente; es concebida como medida cautelar en presencia de excepcionales casos en los que la vulneración de normas superiores sea manifiesta, y como tal es cuestión previa a decidir en el trámite de la acción que se

adelanta. Así las cosas, esta posibilidad judicial resulta ser un trámite pronto, y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela. Luego tampoco por este concepto encuentra la Sala motivo para conceder el amparo solicitado”.

Dicho criterio ha sido a su vez reiterado, entre otras, en las Sentencias T-533 de 1998, T-127 de 2001 y SU-544 de 2001, en la primera de las cuales se afirmó:

“Por ello es pertinente reiterar aquí la jurisprudencia de esta Corporación, transcrita en la misma demanda, según la cual la suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de la tutela, sin que sea dable compartir los criterios expuestos a lo largo del líbello, en el sentido de admitir la viabilidad de la tutela y su mayor eficacia, por razones de tiempo, frente a la demora de los procesos ordinarios, pues ello daría lugar a la extinción de estos, si se pudiese escoger alternativamente y por esa circunstancia, entre el juez de tutela y el juez ordinario para la definición apremiante de los derechos reclamados, lo que desde luego desnaturaliza la verdadera finalidad constitucional encaminada a la protección de los mismos, previo el cumplimiento de los presupuestos requeridos”.

En consecuencia, palmaria se ofrece la improcedencia de la acción de tutela en el caso particular ante el desconocimiento de su carácter subsidiario y residual, como quiera que cuenta la actora con un medio de defensa judicial efectivo, que a su vez le proporciona la posibilidad de solicitar la suspensión de los efectos de la decisión lesiva de sus intereses, por lo cual habrá de acudir al mismo para tal efecto, que no al instrumento constitucional, el cual no se ofrece viable como factor de protección transitoria para conjurar un perjuicio irremediable, que tampoco se advierte.

Bajo este entendido, no es admisible cuestionar los medios ordinarios que tiene la actora a su alcance usando argumentos genéricos como el excesivo tiempo en resolver el proceso o

el inminente vencimiento de la lista de elegibles, pues si bien, la instancia administrativa finalizó con la Resolución 493 del 10 de mayo de 2019, allegada durante este trámite, ello no impide que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ejerza control judicial y conozca el litigio que aquí plantea, por el contrario, el medio jurisdiccional está plenamente habilitado, y allí, mediante medida cautelar, puede presentar las pretensiones que aquí invoca.

7. Así las cosas, el debate referente a si estaban debidamente justificadas o no las razones que llevaron a la actora a no aceptar el nombramiento en Santa Rosa de Viterbo o si existió una indebida aplicación e interpretación del Concepto de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de Nación a todos los concursantes corresponden a temas que deben ser estudiados por el juez ordinario, máxime cuando está en discusión la conformación y el orden de una lista de elegibles con clara incidencia e interés por parte de los demás participantes y por los funcionarios que ocupan provisionalmente las plazas ofertadas.

Desde tal óptica, es dentro de la acción ordinaria el escenario donde la accionante debe presentar las nuevas pruebas que anexa en esta instancia, para que allí, bajo los principios de publicidad y contradicción, plantee el debate jurídico que busca zanjar mediante la presente solicitud constitucional.

Todas las anteriores razones son las que llevan a la Sala a despachar desfavorablemente el amparo invocado dada su improcedencia y en consecuencia, confirmar la sentencia impugnada.

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.- Declarar fundado el impedimento manifestado por el Honorable Magistrado Jaime Humberto Moreno Acero.

Segundo.- Confirmar el fallo recurrido.

Tercero.- NOTIFÍQUESE de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991.

Cuarto.- Remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

(Impedido)

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Nuevo Código Contencioso Administrativo.