

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP2484 – 2022

Tutela de 2ª instancia No. 120666

Acta No. 011

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintidós (2022).

La Sala resuelve la impugnación interpuesta por el accionante CÉSAR AUGUSTO FONSECA VERGARA, contra el fallo proferido el 26 de octubre de 2021, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca, que declaró improcedente la acción de tutela promovida contra la Procuraduría General de la Nación, por la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

En primera instancia se vinculó a las ciudadanas Mónica Alejandra Vega Bejarano, Luisa Fernanda Mazeneth Peñaloza y al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Procuraduría General de la Nación “SINTRAPROAN”.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Conforme a la demanda y los elementos obrantes en la actuación, los hechos que dieron lugar al reclamo constitucional se circunscriben a los siguientes:

1. Mediante Decreto No. 2879 del 15 de mayo del 2017, CÉSAR AUGUSTO FONSECA VERGARA fue nombrado y posesionado en propiedad en el cargo de Sustanciador -código

4SU Grado 11- de la Procuraduría Sexta Judicial II Penal Bogotá.

2. Con Decreto No. 2104 del 29 de octubre de 2019, fue designado para desempeñar -en encargo- el empleo de Profesional Universitario -código 3PU Grado 17- de la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. Desde el 1º de octubre de 2020, continuó en el mismo cargo, pero con asignación de funciones en la Procuraduría Provincial de Zipaquirá, nombramiento que era prorrogado cada seis (6) meses por el titular de la Procuraduría General de la Nación. El último encargo se prorrogó hasta el mes de noviembre del 2021, conforme al Decreto No. 794 del 28 de mayo del 2021.

3. Posteriormente, la Procuradora General de la Nación, a través de acto administrativo No. 1157 del 23 de agosto de 2021, haciendo uso de las facultades conferidas en el numeral 6º del artículo 278 de la [Constitución Política](#) y el numeral 7º del artículo 7º, en concordancia con el parágrafo del artículo 188 Decreto Ley 262 de 2000, dispuso dar por terminado el encargo conferido a CÉSAR AUGUSTO FONSECA VERGARA para ocupar el empleo de Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17 de la Procuraduría Provincial Zipaquirá, por lo que debía regresar a su empleo de carrera administrativa, esto es, Sustanciador Código 4SU Grado 11 de la Procuraduría Sexta Judicial II Penal de Bogotá.

4. Inconforme con la determinación adoptada por la Procuraduría General de la Nación, CÉSAR AUGUSTO FONSECA VERGARA promovió acción de tutela con el fin de obtener la protección de su derecho fundamental al debido proceso.

4.1. En criterio del promotor del amparo, la terminación anticipada del nombramiento en encargo fue realizada sin ningún tipo de motivación, aduciendo, de manera genérica, que tal decisión la permitía el Decreto No. 262 de 2000 «por necesidades del servicio», sin argumentar situación adicional, lo que, en su criterio, constituye una manifiesta vía de hecho administrativa, y desconoce lo señalado por la Corte Constitucional en sentencias T-147 del 2013 y SU-917 de 2010.

4.2. Refirió que en dos oportunidades se dirigió al Sindicato de Trabajadores de la Procuraduría General de la Nación –SINTRAPROAN-, con el fin de obtener su apoyo en la gestión de más funcionarios para la Procuraduría Provincial de Zipaquirá, sin obtener respuesta alguna.

4.3. De otra parte, señaló que mediante correo del 31 de agosto del 2021, solicitó a la Procuradora General de la Nación, la reconsideración de la decisión tomada en el Decreto 1157 del 2021, sin que se le diera alguna contestación.

Además, también petitionó, mediante correo electrónico del 21 de septiembre siguiente, a la Oficina de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación, documentación e información en orden a determinar a quién se había nombrado en el cargo de Asesor, Código 1AS, Grado 19 de la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación, que se encuentra en vacancia definitiva y que hasta el mes de agosto del 2021 ocupó en encargo la Dra. Mónica Alejandra Vega Bejarano, pero no se le entregó dicha información.

4.4. Por último, adujo que la terminación del encargo afecta su mínimo vital, pues la reducción del salario es de alrededor del 30% y tiene gastos adicionales pues es «foráneo» en el lugar donde trabaja, tiene a su cargo a su progenitora que sufre de hipertensión y tiene de 67 años de edad, y apoya a su padre de 85 años edad que padece de cáncer, quienes viven en la ciudad de Armenia.

Acudió al presente mecanismo de amparo constitucional para que se protejan sus derechos superiores y, para su efectividad, solicitó:

i) «Dejar sin efectos el Decreto N°1157 de 2021 expedido por la Procuradora General de la Nación y ordenar su reintegro en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas según la sentencia SU-556 de 2014, es decir, siempre que el cargo que ocupaba antes de la finalización del encargo no haya sido provisto mediante concurso, ni suprimido, o cumpla la edad de retiro forzoso».

ii) «Pagar la diferencia salarial y prestaciones que dejó de percibir desde el 23 de agosto del 2021 hasta la fecha en que se cumpla con la orden constitucional. Así mismo, el pago de los aportes al sistema de seguridad social integral» (sic).

iii) «Que haga los cambios necesarios para que, durante el tiempo que fue despojado del cargo de Profesional Universitario, código 3PU, Grado 17 de la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública con funciones en la Procuraduría Provincial de Zipaquirá, conste como experiencia profesional en ese cargo

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto del 11 de octubre de 2021, el Tribunal Superior de Cundinamarca admitió la acción constitucional y corrió traslado a las autoridades, entidades accionadas y terceros vinculados, que se pronunciaron en los siguientes términos:

1. La apoderada de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación aludió a las normas que regulan el régimen especial de carrera administrativa de la entidad, en particular, citó el artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000, que atribuye al Procurador General de la Nación la competencia exclusiva para la provisión temporal de empleos de carrera en vacancia temporal o definitiva, mediante encargo o nombramiento provisional. Resaltó que el encargo es una situación administrativa de carácter temporal o transitoria, que no tiene vocación de permanencia.

Destacó que la terminación del encargo se ajusta a lo señalado por la Corte constitucional en sentencia C-077 de 2004, por lo que la decisión se soportó en una causa legal como es la expiración del encargo y la facultad del Procurador General de la Nación de no darle continuidad al mismo por razones o necesidades del servicio.

Alegó que existe una presunción de legalidad en los actos de la Procuradora General de la Nación, en la medida que obedecen a la necesidad de dar continuidad al servicio o mejorar

la prestación del mismo en todo el territorio nacional.

Indicó que, una vez realizada la verificación por parte del Jefe de la División de Gestión Humana, encontró que Luisa Fernanda Mazeneth Peñalosa, reunía los requisitos para ejercer el empleo de Asesor 19, Código 1AS Grado 19 con (ID 589), por lo que se procedió a su designación, en atención al requerimiento elevado, mediante correo electrónico del 12 de agosto de 2021, por parte del Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, solicitando la designación de personal en la ciudad de Bogotá, a efectos de atender la intervención ante los distintos despachos judiciales y satisfacer el alto volumen de solicitudes de conciliación extrajudicial, por lo que no es un nombramiento caprichoso toda vez que cumple con los requisitos legales y se avizora con claridad la necesidad del servicio.

Indicó que la accionante cuenta con otro medio de defensa para pretender la nulidad y el restablecimiento del derecho que considera vulnerado, de acuerdo con las reglas previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual es un instrumento idóneo y eficaz, que permite la adopción de medidas cautelares urgentes.

Agregó que la sentencia SU-917 de 2010, citada por el actor, no se aplica para la terminación de encargos, pues la misma se refiere a la terminación de nombramientos en provisionalidad y aborda el tema de la estabilidad laboral intermedia de los provisionales y las causales para su desvinculación del servicio.

Señaló que la buena prestación del servicio público no garantiza la inamovilidad de un empleo, pues el buen servicio es lo que se espera de todo funcionario, conforme a lo precisado por el Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, en sentencia de 29 de noviembre de 2012, radicación No. 66001233100020080028002 (1781-2012).

Sostuvo que al Procurador General de la Nación no se le exige la carga de motivar los actos administrativos de nombramiento de los empleos vacantes en provisionalidad o en encargo,

pues se trata de la manifestación unilateral de la voluntad de la administración por disposición del legislador (Decreto Ley 262 de 2000), y que se entiende que es para el mejoramiento del servicio. Destacó que el acto que dio por terminado el encargo del accionante obedeció a la facultad conferida en el artículo 188 del Decreto Ley 262 de 2000, según la cual, cuando las necesidades del servicio lo ameriten, puede darse por terminado esa modalidad de vinculación antes del vencimiento del término establecido.

Concluyó señalando que, en el presente asunto, no se prueba ni se configura la consumación de un perjuicio irremediable atribuible a la Procuraduría General de la Nación y que deba ser remediado a través de la presente acción constitucional.

Por lo anterior, solicitó declarar improcedente el amparo constitucional.

2. El representante legal y presidente del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Procuraduría General de la Nación "SINTRAPROAN", refirió que la tutela es un mecanismo idóneo para que dejar sin efectos el acto administrativo por medio del cual se dio por terminado el encargo del accionante, conforme lo señala la Corte Constitucional (T-147 de 2013), para los eventos en que se desvincula sin motivación a servidores en provisionalidad.

Manifestó que el encargo del actor se dio por terminado, pese a que no llegó algún funcionario de carrera a ocupar el empleo, incumpliendo la entidad con el deber de explicar de manera clara, detallada y precisa las razones de la desvinculación, por lo que es evidente la vulneración al derecho fundamental al debido proceso administrativo del accionante.

Por todo lo mencionado, indicó que coadyuva la acción constitucional presentada por el señor CÉSAR AUGUSTO FONSECA VERGARA y reiteró las pretensiones principales formuladas en la demanda.

3. Luisa Fernanda Mazeneth Peñaloza, manifestó que mediante Decreto 1158 del 23 de agosto de 2021, se le notificó de su nombramiento en provisionalidad hasta por 6 meses en el cargo de Asesor, Código 1 AS, Grado 19 de la Procuraduría Primera Delegada de Contratación Estatal. Que aceptó la designación mediante escrito allegado por correo electrónico del día 31 de agosto siguiente, y que la posesión se concretó el 13 de septiembre posterior.

Señaló que es abogada titulada desde el año 2017, con una especialización en derecho administrativo y una maestría en derecho público, con experiencia de 5 años en diferentes entidades del estado.

Sostuvo que una vez analizados los hechos descritos en la acción de tutela, se puede evidenciar que la entidad accionada no vulneró derecho fundamental alguno al accionante con su nombramiento, toda vez que el mismo se llevó a cabo en estricto cumplimiento de lo prescrito por la ley y con el acatamiento irrestricto de las calidades necesarias para ocupar el cargo de Asesor Grado 19, el cual actualmente desempeña.

Por todo lo mencionado, estimó que la Procuraduría General de la Nación con su nombramiento no vulneró el debido proceso del accionante, ni ningún otro derecho fundamental.

5. Mediante correo electrónico del 19 de octubre de 2021, el accionante aportó la documentación e información que le fue entregada por la accionada y a los que hizo alusión en el numeral 4.3. de los antecedentes de la presente acción.

El Tribunal Superior de Cundinamarca declaró improcedente el amparo constitucional. Argumentó que la petición de amparo no cumple los requisitos de procedencia de la acción de tutela, al existir otros mecanismos de defensa para solicitar lo que pretende.

Destacó que el accionante cuenta con la posibilidad de acudir ante el juez contencioso

administrativo competente, a efectos de exponer su especial situación y debatir los posibles vicios en el acto administrativo y actuaciones adelantadas por la Procuraduría General de la Nación, actuación dentro de la cual puede petitionar, como medida cautelar, la suspensión del acto administrativo que presuntamente vulnera sus derechos fundamentales.

Precisó que las sentencias T-147 del 2013, SU-917 de 2010 y SU-556 de 2014, citadas por el actor, no constituyen un precedente para el caso concreto, dado que en ellas los accionantes fueron desvinculados de entidades públicas mediante actos administrativos que declaraban su insubsistencia, lo cual no ocurre en el presente asunto, por cuanto el actor se encontraba nombrado en encargo y además continúa vinculado a la Procuraduría General de la Nación.

Frente a la falta de motivación del acto administrativo que dio por terminado el encargo, apuntó que ello se dio en razón al retorno al cargo de la persona que ocupa el cargo en carrera, esto es, la doctora Mónica Alejandra Vega Bejarano.

Precisó que la terminación del encargo del accionante no ocurrió como consecuencia directa de un nombramiento en provisionalidad en un cargo vacante que aún no ha sido provisto por alguien en carrera administrativa, por el contrario, se dio por el retorno de la legítima titular del cargo en el que el actor estaba en encargo (Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17 de la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública).

Resaltó, que si la doctora Mónica Alejandra Vega Bejarano, a quien realmente se le terminó el encargo anticipadamente por necesidad del servicio y que ocupa en carrera el cargo de Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17 de la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública (que ocupaba el accionante en encargo), consideraba que la finalización de su encargo se dio con trasgresión de sus derechos fundamentales y que la acción de tutela era la idónea, debió acudir aquélla a este mecanismo.

De otro lado, descartó la afectación al mínimo vital alegada por el accionante, dado que aún

se encuentra vinculado en carrera administrativa en el cargo de Sustanciador, Código 4SU, Grado 11 en la Procuraduría 6 Judicial II Penal de Bogotá. Subrayó que, al tratarse de un empleo desempeñado en encargo, que estaba provisto de carrera administrativa, era previsible que el mismo podía terminarse en cualquier momento al regresar la titular y, por tanto, también lo era el cambio de su situación económica.

LA IMPUGNACIÓN

La parte accionante impugnó el fallo. En sustento de su disenso retomó los argumentos expuestos en el libelo inaugural e indicó que el a quo parece entender que la única manera de ver configurado perjuicio irremediable es encontrarse en la indigencia, pues justifica su decisión en el hecho de seguir ostentando el cargo de carrera -sustanciador grado 11- ignorando la vulneración a sus derechos fundamentales y los perjuicios concretos que le generados ante la falta de motivación del Decreto 1157 del 2021, y que ampliamente ha expuesto en esta actuación.

Expone una relación detallada de sus gastos mensuales, e indicó que solo le queda un millón de pesos para comer, imprevistos, salud, transporte, vestido, educación e incluso recreación, situaciones que, en su concepto, bien pudo corroborarlas el Tribunal mediante declaración juramentada. Adjunta los soportes pertinentes.

Agrega que con la decisión de la Procuraduría en dar por terminados los encargos involucrados en el Decreto 1157 del 23 de agosto del 2021, se generó un perjuicio irremediable inmediato, toda vez que, en los meses posteriores, se ha visto en la necesidad de realizar avances, abstenerse de cualquier actividad social, e incluso disminuir los alimentos con el fin de poder alcanzar a llegar al final de mes con recursos.

Destaca que, tras la terminación del encargo, no retornó a su ciudad de origen (Armenia), donde se encontraba antes, sino que fue enviado a Zipaquirá, lo que le ha generado más gastos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

De conformidad con lo normado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver la impugnación interpuesta contra el fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca.

Problema jurídico

Establecer si la acción de tutela es la vía procesal idónea para dejar sin efecto el acto administrativo -Decreto 1157 de 23 de agosto de 2021-, por medio del cual se dio por terminado el encargo de CÉSAR AUGUSTO FONSECA VERGARA como Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17 de la Procuraduría Provincial Zipaquirá, y, como consecuencia de ello, se dispuso que debía regresar a su empleo de carrera administrativa.

Análisis del caso concreto

1. La acción de tutela es un mecanismo de defensa concebido por el artículo 86 de la [Constitución Política](#) para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad pública, o los particulares en los casos allí establecidos.

2. La acción de tutela debe cumplir ciertos requisitos de procedencia, entre ellos, el de subsidiariedad, que implica que quien acude a ella debe haber agotado todos los mecanismos de defensa judicial que el ordenamiento jurídico pone a su

disposición para salvaguardar sus derechos, de modo tal que solo sea posible utilizarla, por vía excepcional, para evitar la materialización de un perjuicio irremediable. (Cfr. CC T – 282 de 2012).

Esto significa que cuando el ordenamiento jurídico establece otro mecanismo efectivo de protección, el interesado debe acreditar que acudió en forma oportuna al mismo, por ser en ese específico escenario donde debe ventilar la controversia y la posible violación de sus prerrogativas fundamentales.

3. La jurisprudencia constitucional tiene establecido que la acción de tutela no es, en principio, la vía indicada para controvertir la legalidad de actos administrativos de contenido particular y concreto, en atención a que dichas discrepancias deben ser debatidas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a menos que se necesaria, de manera excepcional, para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, o el medio ordinario de defensa no resulte idóneo y/o eficaz (CC T – 161 de 2017)

4. Conforme lo planteado en la demanda de tutela, el accionante alega que la Procuraduría General de la Nación ha vulnerado su derecho fundamental del debido proceso con la expedición del Decreto 1157 del 23 de agosto de 2021, considerando que la terminación anticipada del nombramiento en encargo no fue debidamente motivada y, además, que la modificación de su situación administrativa le generó un perjuicio irremediable.

5. En el presente caso no se cumple la exigencia de subsidiariedad, como acertadamente lo sostuvo el Tribunal a-quo, pues, al ser el decreto en cita un acto administrativo de naturaleza particular y concreta, las quejas o reproches legales que surjan en su contra deben ser controvertidos a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho regulado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

5.1. Incluso, dentro de dicho trámite, el demandante puede solicitar las medidas cautelares que estime necesarias para la salvaguarda de sus derechos, ya sean ordinarias o de urgencia¹, cuya finalidad está precisamente orientada para contener el perjuicio inmediato que pueda generar la decisión de la administración que se cuestiona², razón por la que la viabilidad de la demanda constitucional se descarta, incluso como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al tener los mismos efectos de protección (CC SU-355 de 2015).

5.2. Se descarta la estructuración de un perjuicio irremediable al estar acreditado que el accionante regresó a su empleo de carrera, en el cual percibe una asignación básica mensual de \$4'366.496 que garantiza el mínimo vital y la subsistencia digna.

El nombramiento en encargo que venía desempeñando el accionante, comportaba una situación administrativa de carácter temporal, sin vocación de permanencia, por lo que resultaba previsible para el señor FONSECA VERGARA el retorno a su empleo de carrera en cualquier momento. En ese orden, la reducción de sus ingresos es una consecuencia lógica del cambio de cargo y la misma no logra estructurar un perjuicio irremediable, conforme las características de inminencia, urgencia, gravedad y necesidad (CC T-079-2009), que permita la intervención del juez constitucional en este evento.

5.3. En conclusión, se ofrece evidente la improcedencia de este mecanismo de protección constitucional en el caso particular ante el desconocimiento de su naturaleza residual, en atención a que demandante cuenta con un mecanismo de defensa judicial para ventilar el debate jurídico de legalidad que propone contra el Decreto referenciado, el cual es idóneo, íntegro y temporalmente eficaz para obtener la salvaguarda de sus derechos, ya sea de manera provisional y/o definitiva.

La existencia de un medio ordinario de control judicial mediante el cual pueden exponerse

las inconformidades que se han puesto de presente, torna improcedente la acción de tutela en virtud del numeral 1º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991.

En ese orden, se confirmará el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sala Segunda de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

1. CONFIRMAR el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, el 26 de octubre de 2021.
2. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. ENVÍESE la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

FABIO OSPITIA GARZÓN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta”

2 Artículo 229 Ley 1437 de 2011 “PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento...”