

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP2485 – 2022

Tutela de 2ª instancia No. 120869

Acta No. 011

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

VISTOS

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Como hechos jurídicamente relevantes se destacan los siguientes:

1. El 12 de mayo de 1987, GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO se vinculó a la Rama Judicial del Poder Público, desempeñando diferentes cargos. El 3 de junio de 2020, tomó posesión en provisionalidad como citadora grado 3 de Juzgado Penal de Circuito, adscrita al Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio, conforme con la resolución de nombramiento No. 161 de esa fecha, emitida por la Juez Coordinadora.

2. Mediante Acuerdo No. CSJBTA17-556 del 06 de octubre de 2017, el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá convocó a concurso abierto de méritos para proveer las vacantes de los cargos de empleados de carrera judicial de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios del Distrito Judicial de Bogotá y Administrativo de Cundinamarca.

3. Con Resolución No. CSJBTR21-51 del 24 de mayo de 2021, se conformó el Registro Seccional de Elegibles con quienes superaron el concurso de méritos para ocupar el cargo de citador circuito grado 3 de Centros de Servicios Judiciales, Centros de Servicios Administrativos Jurisdiccionales y Oficinas de Servicios y de Apoyo.

4. Por medio de Acuerdo No. CSJBTA21-66 del 26 de agosto siguiente, se conformó la lista de elegibles con 14 concursantes que optaron por ocupar las 5 vacantes existentes en el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá.

5. Mediante Resolución 433 del 17 de septiembre de esa anualidad, el Juez Coordinador resolvió desvincular a la aquí accionante GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO del cargo de citador grado 3 de juzgado de circuito, adscrita a esa dependencia judicial, debido al nombramiento en propiedad de FARIDES SORAYA PÉREZ GARCÍA, quien ocupó el cuarto lugar de la lista de elegibles del referido concurso de méritos.

6. El 4 de octubre de 2021, PÉREZ GARCÍA tomó posesión del cargo, momento en que se hizo efectiva la desvinculación a la Rama Judicial de la accionante, quien fue notificada de ese acto administrativo el 24 de septiembre de esa anualidad.

7. Debido a que la accionante demandó en proceso laboral a Porvenir S.A. y Colpensiones, el Juzgado 3º Laboral de Circuito de Bogotá, en sentencia del 22 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado el 30 de octubre de 1998 y, en consecuencia, condenó al fondo privado a trasladar a la entidad estatal todos los valores que recibió por concepto de cotizaciones de la demandante. Esta decisión fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, mediante fallo del 5 de febrero de 2021.

8. Para el momento del retiro, la tutelante tenía 59 años, presentaba diagnóstico de “glaucoma primario de ángulo abierto”, había laborado 34 años en provisionalidad para la Rama Judicial, y estaba a la espera de que se efectuara el correspondiente traslado de aportes y de ser incluida en nómina de pensionados por parte de Colpensiones, esto último de acuerdo con su propio dicho.

9. Sustentada en esta base fáctica, la accionante afirma que la resolución de desvinculación afecta sus derechos fundamentales, por cuanto: i) su visión sigue deteriorándose de manera progresiva, debido a la patología de glaucoma que padece, ii) ostenta la condición de prepensionada, iii) no tiene ingresos diferentes a los que percibía en razón al cargo que ocupaba como citadora grado 3 de Juzgado de

Circuito y iv) es madre cabeza de familia.

Con fundamento en estos argumentos, pretende que, en amparo de sus derechos fundamentales, i) se deje sin efecto el acto administrativo por medio del cual fue desvinculada de la Rama Judicial, por estar cobijada con el fuero de estabilidad laboral reforzada en razón a su condición de prepensionada, ii) se ordene al Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales y al Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá que la reintegren al cargo que desempeñaba al momento de su desvinculación y le cancelen los salarios que dejó de devengar por motivo de esa determinación, hasta el momento en que se surta su reintegro y iii) que se ordene a las autoridades accionadas mantener su derecho a la estabilidad laboral hasta que sea notificada de la resolución de reconocimiento de la pensión.

RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS Y VINCULADAS

1. La presidenta del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá señaló que la responsabilidad de la decisión de ejecutar la lista de elegibles o sostener la vinculación laboral de quien ostenta alguna situación de vulnerabilidad, recae en la respectiva autoridad nominadora a quien corresponde la provisión de los cargos, en este caso en el Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio.

2. El Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá refirió que FARIDES SORAYA PÉREZ GARCÍA ocupó el cuarto lugar en la lista de elegibles del concurso de méritos, por lo tanto, fue nombrada en propiedad en el cargo que ocupaba la accionante, por encontrarse vacante y, por ende, sometido a las reglas del concurso público de méritos.

Anotó que, atendiendo la lista de elegibles y las 5 plazas disponibles en ese Centro de Servicios, procedió de manera equitativa a seleccionar a los empleados que se encontraban en provisionalidad en orden alfabético por primer apellido y de manera ascendente, entre quienes figuraba la tutelante GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO, quien resultó en 4º lugar dentro de dicha selección, por lo tanto, la accionante fue desvinculada en antepenúltimo lugar.

Sostiene que la presente acción de tutela es improcedente, porque la accionante puede acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo si considera que sus derechos fundamentales fueron vulnerados con ocasión al acto administrativo de desvinculación, máxime cuando no acompañó la tutela con elemento de juicio alguno que indique su condición de madre cabeza de familia, como tampoco demostró que por sus condiciones de salud se encuentra en proceso de valoración para calificación provisional que la sitúen en una condición de discapacidad o estabilidad laboral, y que hagan procedente la acción de amparo para evitar un perjuicio irremediable.

3. La entidad promotora de salud Compensar indicó que la accionante se encuentra vinculada a esa prestadora figurando como empleador la Dirección Seccional Rama Judicial de Bogotá, y que a ella se le han autorizado de manera completa y oportuna todos los servicios médicos y prestaciones asistenciales requeridas, sin que a la fecha exista orden médica pendiente de autorizar.

Por último, manifestó que la accionante no cuenta con concepto de rehabilitación integral ni calificación de pérdida de capacidad laboral.

4. Colpensiones alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, al advertir que

no es la entidad encargada de dar respuesta a las pretensiones elevadas por la accionante, ni tiene injerencia en las decisiones que se puedan llegar a adoptar por parte de la autoridad competente.

5. Los demás vinculados guardaron silencio en lo que es objeto de tutela.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá negó la protección de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Argumentó que la información indicaba que la interesada no presenta alguna discapacidad o situación de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de labores en condiciones regulares, pues, de un lado, no cuenta con calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 50% y, del otro, si bien presenta una patología en sus ojos, la misma no da lugar a la estabilidad laboral reforzada, al punto que no se aprecia que haya sido incapacitada constantemente por dicha enfermedad.

Señaló que la protección laboral reforzada a la que alude la actora, por su condición de pre-pensionada, no se configura en el caso concreto, al decantarse que la demandante cuenta con 59 años, es decir, sobrepasa el requisito de edad mínima y, de acuerdo a su propia manifestación, se encuentra pendiente de que se materialice el traslado de los dineros del fondo privado a COLPENSIONES, para que sea incluida en nómina de pensionados, circunstancias que no se adecúan a lo expuesto por la jurisprudencia, especialmente, al requisito de que le falten 3 o menos años para cumplir con el número de semanas cotizadas.

Finalmente, precisó que la condición de provisionalidad como empleada de la Rama Judicial,

se superó con la provisión del cargo por concurso de méritos, causal objetiva para su desvinculación.

LA IMPUGNACIÓN

La accionante impugnó. Refirió que Colpensiones no aportó su historia laboral para que se pudiera evidenciar que a la fecha no cuenta con las semanas necesarias para iniciar el proceso de solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, por tanto, solicita que se dé aplicación a su condición de prepensionada o a la figura de reten social en los términos del Decreto 1415 de 2021.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

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

Problema jurídico

Consiste en establecer si esta acción es procedente para otorgar la protección de los derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, vida digna, seguridad social y protección especial de DORA ESPERANZA FERNÁNDEZ PARADA, presuntamente vulnerados por los convocados al presente trámite y, de ser así, si procede ordenar que se mantenga su vinculación laboral en el cargo que ocupa en el Centro de Servicios Judiciales de Bogotá, hasta tanto sea culminado el traslado de los recursos del fondo privado a COLPENSIONES, y se concrete su inclusión en nómina de pensionados.

Análisis del caso

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. Adicionalmente, el mecanismo de amparo 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).

3. En el sub judice, GLORIA ESMERALDA CRUZ CAMARGO pretende que se suspendan los efectos de la Resolución No. 433 de 17 de septiembre de 2021, por medio de la cual se nombró en propiedad a Farides Soraya Pérez García en el cargo de citador grado 3 de Juzgado de Circuito, que ella viene desempeñando en provisionalidad, para que se le permita continuar en el mismo hasta que sea culmine el traslado de los recursos del fondo privado a COLPENSIONES y se concrete su inclusión en nómina de pensionados.

4. La Sala encuentra, sin embargo, que se incumple la exigencia de subsidiariedad, puesto que al ser la resolución 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).

Incluso, dentro de dicho trámite, el funcionario judicial cuenta con la posibilidad de decretar como medida provisional, desde el auto admisorio, la suspensión del acto, aún de carácter

contractual (art. 230-2), mecanismo idóneo y célere de salvaguarda frente a cualquier perjuicio irremediable que pueda eventualmente materializarse mientras se produce el fallo judicial. En dicho escenario podrá formular todos los reproches aquí expuestos en torno a su legalidad.

La existencia de un medio de defensa judicial mediante el cual la parte actora puede exponer la inconformidad que aquí ha puesto de presente, torna improcedente esta solicitud de amparo, al tenor de lo previsto en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 (Sentencia T - 578 de 2010), aún como mecanismo transitorio, toda vez que la accionante tampoco demostró que esos medios de defensa resultaban inidóneos o ineficaces (SU-111/97).

5. Ahora bien, resulta necesario señalar que a favor de la actora sólo se establecía una garantía de estabilidad laboral relativa o intermedia, en tanto se desempeñaba en provisionalidad, condición que implicaba una permanencia limitada en el tiempo, puesto que quedaba supeditada a que se designara a quien obtuviera el derecho por el sistema de méritos para que lo ocupara en propiedad¹, como en efecto sucedió con la designación de Farides Soraya Pérez García.

Por tanto, no deja de resultar desproporcionado que se obligue a mantener una relación laboral, que desde un principio se sabía que tenía la condición de temporal, por tratarse de un cargo de concurso. Y es que los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad, aun siendo sujetos de especial protección constitucional, pueden llegar a ser desvinculados con el propósito de proveer el cargo con las personas que superaron el concurso de méritos, pues se entiende que sus prerrogativas ceden frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público (C.C. T-186-13).

Ahora, lo que se exige a la entidad nominadora es que, en el caso de sujetos de especial protección constitucional que ejerzan cargos en provisionalidad, se otorgue un trato

preferencial antes de efectuar el nombramiento de quienes ocupan los primeros puestos en las listas de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el propósito de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales (C.C. T-464-19).

Ello, siempre y cuando, (i) el cargo que es ofertado no se individualice, (ii) el número de empleos convocados a concurso resulte ser menor al de los existentes en la planta de personal y se posibilite a la entidad nominadora definir cuáles de éstos serán los escogidos para ser provistos. (Consejo de Estado, radicación No. 25000-23-15-000-2010-02045-01, 7 Oct 2010).

6. Frente a estos presupuestos, no se advierte violatorio de los derechos constitucionales las actuaciones de las accionadas, pues la garantía de estabilidad laboral relativa debía ceder ante el derecho adquirido por la participante Farides Soraya Pérez García, en atención a que el retiro del servicio público puede tener lugar por causales objetivas, previstas en la Constitución y en la ley, o para “proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública”².

En este caso, se tiene que el Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá, una vez recibió la lista de elegibles para proveer el cargo de citador grado 3 de Juzgado de Circuito, procedió al nombramiento de las personas que integraban esa lista en los términos del canon 1333 de la Ley 270 de 1996, que reglamenta el procedimiento y términos para nombramiento, aceptación, presentación de documentos y confirmación, en ras de respetar los derechos de los integrantes de la lista remitida por el respectivo Consejo Seccional.

Adicionalmente, tal como se precisó por el a-quo, la accionante no cuenta con concepto de

rehabilitación integral por padecer alguna enfermedad, ni calificación de pérdida de capacidad laboral que afecte su desempeño profesional en formas regulares.

Tampoco se evidencia que se encuentre en una precaria situación económica debido a la separación del cargo, o que ostente la condición de prepensionada por faltarle tres años para cumplir con los requisitos de 57 años y 1300 semanas cotizadas para adquirir el derecho a la pensión de vejez, todo lo contrario, la actuación informa que actualmente tiene 59 años y que se desempeñó por más de 34 años en la Rama Judicial (que equivale a 1758 semanas cotizadas).

Siendo así, conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional, ante el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, no es procedente alegar estabilidad laboral reforzada con el argumento de la condición de prepensionado, como quiera que lo que le corresponde a la accionante es culminar los trámites ante el fondo de pensiones con el fin de lograr su inclusión en nómina de pensionados⁴.

En tales condiciones, no resulta violatorio de los derechos fundamentales que el Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá no le haya otorgado un trato preferencial a la accionante al momento de efectuar el nombramiento en propiedad de quien superó el concurso.

Se confirmará, por tanto, el fallo impugnado.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N° 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el fallo impugnado.

SEGUNDO. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. REMITIR el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 ibídem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FABIO OSPITIA GARZÓN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. CC T- 156 de 2014, T- 326 de 2014, T- 320-2016 y T-096 de 2018

2 Sentencia T-096 de 2018.

3 artículo 133. Término para la aceptación, confirmación y posesión en el cargo. El nombramiento deberá ser comunicado al interesado dentro de los ocho días siguientes y éste deberá aceptarlo o rehusarlo dentro de un término igual.

Quien sea designado como titular en un empleo para cuyo ejercicio se exijan requisitos y calidades, deberá obtener su confirmación de la autoridad nominadora, mediante la presentación de las pruebas que acrediten la vigencia de su cumplimiento. Al efecto, el interesado dispondrá de veinte (20) días contados desde la comunicación si reside en el país o de dos meses si se halla en el exterior.

La autoridad competente para hacer la confirmación sólo podrá negarla cuando no se alleguen oportunamente las pruebas mencionadas o se establezca que el nombrado se encuentra inhabilitado o impedido moral o legalmente para el ejercicio del cargo.

Confirmado en el cargo, el elegido dispondrá de quince (15) días para tomar posesión del mismo.

Parágrafo. El término para la posesión en el cargo podrá ser prorrogado por el nominador por una sola vez, siempre que considere justa la causa invocada y que la solicitud se formule antes del vencimiento.

4 Sentencia SU-003 de 2018.