

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA PENAL

ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

Radicación: 08 001 31 87 003 2020 00044 01

Ref. Interna Tribunal No 2021-00029-T-CA

Aprobado Mediante Acta No 045

Magistrado Ponente Dr. Demóstenes Camargo De Ávila

Barranquilla, Diecinueve (19) de Febrero de dos mil veintiuno
(2021)

ASUNTO:

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionante contra la sentencia 4 de Diciembre de 2020, por medio de la cual el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, negó el amparo a los derechos fundamentales de debido proceso, trabajo, acceso a cargos públicos dignidad humana , igualdad y petición dentro de la presente Tutela que incoó contra la Comisión Nacional Servicio, Alcaldía de Barranquilla, Secretaria de Gestión Humana, Secretaria de Transito y Seguridad Vial ambas del Distrito de Barranquilla.

I. HECHOS:

Utilizando la capacidad de síntesis, los hechos de la demanda de tutela en lo medular se resumen de la siguiente manera:

Señala la Tutelante que se encontraba vinculada laboralmente a la Alcaldía Distrital de esta ciudad en el cargo de Técnico Operativo Código 314 Grado 4 en provisionalidad asignado en la Oficina de Gestión Estratégica e Institucional de la Secretaria de Transito y Seguridad Vial en el área de archivo desde hace varios años y nunca ha sido trasladada a otra área, desempeñando labores que han sido evaluadas como eficientes por parte de su jefe directo. Que el día 5 de octubre de 2020 mediante correo electrónico fue notificada de la Resolución N°3523 de 2020 a través de la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba en el cargo identificado con la OPEC 70267 declarando insubsistente el nombramiento provisional que venía desempeñando la accionante. Asegura que el cargo en referencia no fue ofertado en la convocatoria 758 de la CNSC de 2018 siendo la OPEC 70267 perteneciente a la Oficina de Participación Ciudadana, teniendo en cuenta que los cargos no fueron ofertados de manera global sino por secciones específicas. Que debido a la falsa motivación del acto administrativo controvertido, solicita que se declare la existencia de la violación de los derechos fundamentales invocados al Debido Proceso, Igualdad, Mínimo Vital Móvil, entre otros, y en consecuencia se ordene a las accionadas el reintegro al mismo cargo. Igualmente solicita que se ordene la cancelación de los salarios dejados de percibir por su injusto e ilegal despido, ya que su derecho al mínimo vital y de sus padres, personas de la tercera edad se encuentran gravemente afectados.

II. DEL FALLO IMPUGNADO:

La señora Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la Ciudad de Barranquilla a quien le correspondió por reparto la presente acción de tutela, en síntesis concluyó Respecto a la vulneración alegada de los derechos fundamentales invocados que el

amparo de los mismos es improcedente, ya que la tutela es de naturaleza subsidiaria y en el caso en referencia no es el mecanismo judicial al que debe acudir para controvertir actos administrativos que para el caso el medio ordinario idóneo, sería la acción de nulidad y restablecimiento, asegura no se dan los supuestos para amparar los derechos en forma definitiva, directa y eficaz como lo solicitó la actora, a razón que, la pretensión de suspender la aplicación de la Resolución N°3523 de 2020 y la solicitud de reintegro es contrario a derecho y por ende ilegal, al igual en cancelar los salarios dejados de percibir, suponiendo requerimiento de índole laboral.

Que para el caso sub-examine no se avizora la ocurrencia de un perjuicio irremediable por parte de la accionante, ni amerita la protección Constitucional de manera transitoria al no demostrar su condición de especial protección, por tal motivo no se justifica la urgencia de la protección solicitada a través de la vía del amparo para dirimir la inconformidad del tutelante.

Por tales argumentos denegó por improcedente la demanda de tutela.

III. DE LA IMPUGNACION

La accionante al momento de sustentar la impugnación reiteró los argumentos esbozados al momento de presentar la acción de tutela, aduciendo que disiente del fallo por cuanto el mismo no tuvo en cuenta las pruebas aportadas como la respuesta de la CNSC en la que afirman la lista de elegibles para cargos de Técnico Operativo Código 314 Grado 4 OPEC 70267 existentes para la Oficina de Participación ciudadana, cargo distinto al desempeñado en la Secretaria de Transito los cuales no fueron ofertados. Por lo que hace necesario tener en cuenta la declaración de insubsistente por una OPEC que corresponde al Grado 1 del cargo en disputa, siendo la accionante Grado 4 concurriendo una ilegalidad de pleno derecho, por otra parte resalta

la respuesta de la entidad accionada que le resulta confusa al Juez de primera instancia el cual no aplica para un fallo desfavorable. Define jurídicamente el concepto de proveer vacantes a la CNSC por medio de OPEC, a su vez trae a colación la Resolución N°7882 de 2020 en la cual se conforma la lista de elegibles para proveer 4 vacantes en el cargo de controversia Grado 1 a la planta de personal de la Alcaldía de Barranquilla, y termina solicitando la revocatoria de la Sentencia para en su defecto amparar los derechos fundamentales invocados, suspensión del acto administrativo y cancelación de los salarios dejados de percibir.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

4.1. DE LA COMPETENCIA:

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver la presente impugnación por ser el superior funcional del Juzgado tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la Ciudad de Barranquilla.

4.2. MARCO JURÍDICO

Al tenor de lo dispuesto por el Art. 86 de la Constitución, toda persona puede mediante acción de tutela reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad, a condición de que no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4.3. DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Se invoca la protección de los derechos a la igualdad, trabajo, debido proceso, mínimo vital y acceso a cargos públicos los cuales, efectivamente, están reconocidos como fundamentales en la Constitución Nacional.

4.4. DEL CASO EN CONCRETO

Pues bien, en el sub-júdice se tiene que la accionante pretende que se le conceda el amparo impetrado por la supuesta vulneración de los derechos arriba mencionados, en atención a la falsa motivación en la Resolución N°3523 de 2020 dentro de la Convocatoria No 758 de 2018 por parte las accionadas Alcaldía Distrital de Barranquilla, Secretaria de Transito, CNSC y Secretaria de Talento humano en declarar insubsistente del cargo y hacer un nombramiento en periodo de prueba sobre la OPEC 70267 que no corresponde con la del cargo desempeñado por la actora como Técnico Operativo Código 314 Grado 4 en el área de archivo de la Oficina Gestión Estratégica e Institucional de la Secretaria de Transito y Seguridad Vial de manera provisional desde hace varios años y el cual asegura no haberse ofertado por lo que no pudo concursar y aspirar al mismo, su pretensión original es que se ordene a las accionadas suspender la Resolución en disputa y ordenar su reintegro por tener a su dependencia económica los padres de tercera edad, además que se cancele todos los salarios dejados de percibir.

Frente a lo anterior el fallador de primera instancia, declaró improcedente el amparo sobre las bases del principio de subsidiariedad y residualidad de la tutela por considerar que es un asunto que compete a la jurisdicción contenciosa administrativa a través de la acción de nulidad.

El impugnante disintió del anterior argumento y consideró que la accionada Alcaldía Distrital de Barranquilla violó los derechos invocados y la A-quo desconoció las pruebas aportadas relacionado con la respuesta dada por la CNSC sobre la lista de elegibles que refleja las OPEC correspondientes al cargo en discrepancia (Resolución 7882 de 2020) y la falta de motivación en la Resolución que declara la insubsistencia, además considera que la decisión de primera instancia no resolvió el asunto de fondo.

Entonces queda claro que La inconformidad del impugnante se circunscribe a la decisión tomada por la funcionaria del conocimiento respecto a los derechos fundamentales del debido proceso, igualdad, acceso a cargos públicos y mínimo vital.

En ese orden ha hecho curso en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que excepcionalmente el recurso de amparo procede contra los actos de trámite en el evento de que se vulneren abiertamente derechos fundamentales del accionante cuando aún no haya finalizado el concurso, pues terminado éste procede la acción contenciosa administrativa.

Pero muy a pesar de lo anterior también existe precedente en sentido de que inclusive terminado el concurso pueda ser procedente el amparo de derechos fundamentales vulnerados de acuerdo con cada caso en concreto.

En los dos eventos la vía de hecho o vulneración debe ser protuberante o grosera y debe existir el riesgo inminente de un perjuicio irremediable y la ineficacia del medio ordinario.

En virtud de lo anterior,

En sentencia del 29 de noviembre de 2012, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó que por regla general, la acción de tutela es improcedente “para controvertir las supuestas irregularidades acaecidas durante el trámite de un concurso de méritos, cuando en éste se ha conformado la lista de elegibles, porque es un acto susceptible de demandarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que brinda el escenario idóneo para analizar la legalidad de la referida decisión” (Sentencia del 29 de Noviembre de 2012 M.P Gerardo Arenas)

Así las cosas, esta Sala estima que la acción de amparo es procedente pues al momento en que se interpuso no existía lista de elegibles ya que esta solo se conformó mientras se adelantaba la revisión al interior de la Corte Constitucional.

Adicionalmente, la Corte Constitucional reconoce que la tutela procede pese a la existencia de lista de elegibles y que estas pueden ser modificadas en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales. (Sentencia T -049 de 2019)

El anterior precedente para significar la procedencia excepcional de la acción de tutela en las diferentes etapas de un concurso de mérito bien en el interregno de sus etapas ora finalizado el mismo, pero como todo amparo de tutela siempre supeditado a la existencia de una vía de hecho por parte de la autoridad o particular que emita el acto y a la existencia inminente de un perjuicio irremediable o a la ineficacia del medio ordinario.

En el caso Sub-examine la accionante disiente el procedimiento utilizado por la Alcaldía Distrital de Barranquilla al declarar insubsistencia del cargo Técnico Operativo Código 314 Grado 4 con OPEC 70267 mediante Resolución N°3523 de 2020 puesto considera

hubo falta de motivación y violación en pleno derecho al no tener en cuenta la Lista de elegibles (Resolución 7882 de 2020 del CNSC) donde especifican la dependencia de la OPEC perteneciente a la Oficina de Participación Ciudadana por lo que estima la entidad se aparta de precedentes constitucionales.

Entonces de conformidad con el precedente en cita, fácil resulta para la Sala entender las razones esgrimidas por el A-quo al considerar que el escenario ideal era el contencioso administrativo, por cuanto son aspectos propios de derecho administrativo que ameritan un trámite procesal y una valoración propio de estos conflictos de normas.

La acción de Tutela ha dicho la Corporación en otras oportunidades constituye un control material y no abstracto de los actos de las autoridades y particulares que por acción u omisión llegaren a vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos partícipes del estado social de derecho, razón por la cual el disenso interpretativo propuesto por la actora no alcanza a adecuarse a las excepciones de que hablan los precedentes en cita para ser susceptibles de la trascendencia material que exige el Juicio Constitucional.

Cierto es que el precedente habilita la intervención del Juez Constitucional ante una acción u omisión arbitraria ocurrida al interior de un concurso de méritos, Verbi Gratia cuando no se obedece el estricto orden de la Lista de elegibles o cuando se le aplica una regla que no fue diseñada para la convocatoria en particular.

Entonces lo controvertido se contrae al desplazamiento de una plaza o cargo en provisionalidad utilizando como argumento una convocatoria donde no se ofertó el cargo que ostenta la accionante, de acuerdo a precedentes verticales la desvinculación de funcionarios

en provisionalidad exigen una motivación por parte del nominador, que en el caso Sub-examine se fundamentó en una mala interpretación de las normas que reglamentaron un concurso de méritos que nada tenía que ver con el cargo que desempeñaba la tutelante, entonces la decisión del A-quo referente resulta acertada ya que tales aspectos de ilegalidad de un acto administrativo deben ser ponderados por un Juez Natural en el espacio de tiempo del Juicio indicado por el Código de Procedimiento Administrativo y con un amplio panorama probatorio, que es imposible recaudar y valorar en un proceso constitucional que como el de la Tutela es de naturaleza breve y sumaria, ya que para que la acción constitucional proceda por perjuicio irremediable ante su mínimo vital y como persona de especial protección deben ser acreditados, de tal manera que esta no es la vía indicada para ordenar la suspensión de un acto administrativo por falsa motivación, tampoco pretender el pago de los salarios dejados de percibir donde este asunto no es del resorte de un Juez de Tutela sino por vía contencioso administrativa.

Así las cosas cuando la accionante no plantea una situación concreta de afectación, urgencia y gravedad de lo solicitado, sino que se circunscribe a disentir del criterio normativo utilizado para declarar insubsistente a través de un acto administrativo generado por su nominador o cuando peor aún pretende una suspensión de los efectos del mismo por la vía constitucional al punto que unas de sus pretensiones coetáneas es que se verifique si el cargo desempeñado fue o no ofertado dentro de la convocatoria.

Por otro lado en cuanto a la existencia del perjuicio irremediable, pierde de vista el apelante que el código de procedimiento administrativo dispone de una serie medidas cautelares que son eficaces para garantizar la efectividad del Juicio y es así como el artículo 230 trae una gama de medidas cautelares diseñadas con esa

Rad No. 2021-00029-T-CA.

Accionante: Jazmín Bayona Díaz

Decisión: Confirmar.

finalidad, así mismo en relación con los fallos traídos a colación está claro que los Jueces solo están sometidos en su interpretación y aplicación del derecho al imperio de la Ley de acuerdo a cada caso en particular.

Bajo tales postulados, es evidente la improcedencia del trámite actual, motivo por el cual el fallo de tutela impugnado ha de ser confirmado.

RESUELVE:

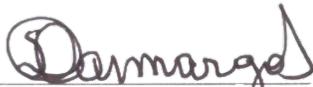
PRIMERO: Confirmar la sentencia impugnada.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

TERCERO: Remitir el expediente con destino a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA

LUÍS F. COLMENARES RUSSO

Aprobación Virtual

JORGE E. MOLA CAPERA

Aprobación Virtual

OTTO MARTINEZ SIADO

SECRETARIO

Rad No. 2021-00029-T-CA.

Accionante: Jazmín Bayona Díaz

Decisión: Confirmar.