

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

SALA PENAL

ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

Rad. 08-001-31-07-003-2022-00075-01

Ref.: Interna tribunal: 2023-00011-T-CA

Aprobado mediante acta No. 035

Magistrado Ponente: Dr. Demóstenes Camargo De Ávila.

Barranquilla, Catorce (14) de Febrero de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO:

Procede la Sala a manifestarse sobre la impugnación interpuesta por el accionante, señor CARLOS RAUL GONZALEZ MOSCOTE, contra la sentencia proferida el día 13 de diciembre de 2022, mediante la cual, el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BARRANQUILLA, negó el amparo deprecado.

I. HECHOS

El accionante afirma que, es padre cabeza de familia de dos menores de 8 y 13 años, este último en situación de discapacidad psicosocial mental.

Agrega que, participó en el Proceso de Selección No.1343 de 2019, como aspirante al empleo denominado Profesional Especializado, código 222, grado 7, identificado con la OPEC No.75331, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Gobernación del Atlántico.

Asimismo, señala que, para dicho cargo fue ofertada una (1) vacante, la cual fue ocupada por la señora LISBETH YISSEL GNECCO LEYVA, quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, la cual fue conformada mediante Resolución No.11267 del 18 de noviembre de 2021, expedida por la CNSC; y en la que el actor ocupó la segunda posición.

El reclamante indica que, el día 09 de febrero de 2022, elevó petición ante la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO y a la CNSC, en aras de obtener información sobre la existencia de cargos iguales o equivalentes al de Profesional Especializado, código 222, grado 7, en la planta de personal de dicho ente. Mediante respuesta adiada 08 de marzo de 2022, la Gobernación informó que en esa entidad no existía empleo equivalente al señalado.

Posteriormente, el señor GONZALEZ MOSCOTE afirma haber formulado nueva solicitud, mediante la cual solicitó a la accionada le informaran cuantos cargos existían bajo la denominación de Profesional Especializado, código 222, grado 7, dependencia y situación de carrera.

Asegura que, en respuesta del 02 de mayo de 2022, el ente territorial informó que: *“De los empleos denominados profesional especializado código 222 grado 7, encontramos lo siguiente: En vacancia definitiva (4) cargos que fueron ofertados en la convocatoria Territorial II 2019. En carrera administrativa Cuarenta (40) cargos, de los cuales existen (4) cargos provistos por encargo. En provisionalidad son ocho (8) cargos, que fueron ofertados en la convocatoria Territorial II 2019, del cual un (1) cargo en condición de prepensionado reportado en el aplicativo SIMO de la CNSC. En nombramiento de periodo de prueba hay (24) cargos. De libre nombramiento y remoción son Siete (7) cargos.”*

Con base en esta respuesta, el día 28 de junio de 2022, el accionante solicitó a la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO que procediera a nombrarlo como Profesional Especializado, código 222, grado 7, en alguno de los cargos de libre

nombramiento y remoción, provisto por encargo, en los que se haya generado una vacante con esa denominación, o en su defecto en un empleo equivalente. No obstante, la entidad no accedió a esta pretensión, dada la naturaleza propia de los cargos de libre nombramiento y remoción.

Ante esta respuesta, el actor presentó una cuarta solicitud ante la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO, con el fin de obtener el manual de funciones de los cuatro (4) cargos provistos en encargo, de los siete (7) cargos de libre nombramiento y remoción, y del cargo ocupado por prepensionado, sin embargo, aduce haber recibido una respuesta evasiva el día 23 de agosto de 2022, pues se le indicó que los manuales específicos de funciones y competencias laborales podían ser consultados en la página web de la entidad.

En virtud de lo anterior, el gestor del amparo pretende que se restablezcan los derechos presuntamente lesionados y, consecuentemente, que se ordene al DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO, aplicar la prevalencia constitucional del concurso de méritos ante los cargos provistos mediante libre nombramiento y remoción, y/o encargo, se ordene retirar del cargo denominado Profesional Especializado, código 222, grado 7, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Gobernación del Atlántico, a quien ocupe empleo equivalente, y se ordene, nombrarlo y posesionarlo como empleado público en el cargo equivalente al mencionado.

II. DEL FALLO IMPUGNADO

El JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BARRANQUILLA, negó el amparo deprecado, con base en los siguientes argumentos:

1) Las entidades son autónomas para determinar los cargos que conforman su planta de personal, no siendo la acción de tutela la instancia para entrar a debatir

si cumplen o no los criterios para que sean denominados como de libre nombramiento y remoción, menos si se tiene en cuenta la naturaleza de estos cargos, que se constituyen como excepción a la luz del artículo 125 de la Constitución Nacional y del artículo 5° de la Ley 909 de 2004.

2) El nombramiento solicitado está supeditado a la acreditación de condiciones que ha establecido la CNSC en su Criterio Unificado “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES” del 22 de septiembre de 2022, como marco de aplicación de la Ley 1960 de 2019, que modificó la Ley 909 de 2004. No siendo posible determinar en sede de tutela, si el cargo al cual concursó el accionante, es idéntico a uno de los cargos que se encuentran vacantes u ocupados en encargo. No obstante, la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO afirmó que no existían empleo equivalente al perfil del Profesional Especializado, código 222, grado 7, OPEC No.75331, en su planta de personal.

En este sentido, el fallador de instancia consideró que, no había existido vulneración alguna de los derechos fundamentales del señor CARLOS RAUL GONZALEZ MOSCOTE, y procedió a negar el amparo deprecado.

Valga la pena resaltar que, en el numeral tercero de dicho proveído, el A quo ordenó compulsar copias penales y disciplinarias contra los servidores de la Gobernación del Atlántico, por no acreditar el cumplimiento de la orden impartida de notificar a quienes ocupan el cargo de Profesional Especializado Código 222 Grado 7, y a quienes integraban la lista de elegibles para dicho cargo.

III. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 DEL ACCIONANTE

El actor impugnó el fallo de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de tutela, y hace énfasis en que los cargos provistos en

libre nombramiento y remoción y/o encargo, son equivalentes al cargo al cual se postuló, que en el manual de funciones no se establece que el cargo de profesional especializado, código 222, grado 7, sea de confianza, ni que ostente funciones directivas, de manejo, conducción u orientación institucional, por lo cual deben ser provistos a través del mérito.

3.2 MELISSA MILAGROS GUERRERO ESPITALETA Y NURVIS DE LA OSSA MEZA.

Las vinculadas en su impugnación, argumentaron, al igual que el señor GONZALEZ MOSCOTE, que en la planta de personal de la Gobernación del Atlántico existen unos cargos provistos bajo la modalidad de libre y nombramiento y remoción o por encargo, que son equivalentes al cargo al cual aspiraron, por lo cual se hace necesario que el Juez constitucional revoque el fallo de primera instancia, tutele sus derechos fundamentales y ordene al ente territorial sus nombramientos como empleados de carrera administrativa.

3.3 GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO

La accionada pidió revocar el numeral tercero de la sentencia impugnada, mediante la cual se ordenó la compulsación de copias contra los funcionarios de la entidad que, presuntamente, habían omitido cumplir con las órdenes impartidas por el Juzgador los días 9 de noviembre. 01 y 07 de diciembre de 2022.

Al respecto, indicó que sí se habían efectuado las notificaciones a la persona que ocupa en la Planta Global de Personal de la Gobernación del Atlántico el cargo de Profesional Especializado, código 222, grado 7, señora Lisbeth Gnecco Leyva, por lo cual aportó copia del oficio enviado y la constancia de su remisión.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

4.1 DE LA COMPETENCIA:

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto 333 de abril de 2021, este Tribunal es competente para conocer del presente asunto, por ser el superior funcional del JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BARRANQUILLA, quien decidió esta acción constitucional en primera instancia.

4.2 MARCO LEGAL

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 pública, 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 FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Se invoca la protección del derecho de igualdad, trabajo, y debido proceso, los cuales se encuentran contenidos en el título II del capítulo I de la constitución Nacional.

4.4 DEL CASO EN CONCRETO

En el caso particular, se pretende determinar si la decisión adoptada por el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BARRANQUILLA, de negar el amparo a los derechos fundamentales deprecados por el señor CARLOS RAÚL GONZÁLEZ MOSCOTE, y las señoras NURVIS DE LA OSSA MEZA y MELISSA MILAGROS GUERRERO ESPITALETA, fue acertada o, si, por el contrario, dicha decisión debe ser revocada en favor de sus intereses.

Sin embargo, para resolver el asunto objeto de estudio, esta Sala considera necesario precisar aspectos relativos a la procedibilidad de la acción constitucional.

En primer lugar, es menester reseñar que, el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política, prevé que la acción de tutela únicamente procederá cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que ella se utilice como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Concordante con ello, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 6, aglomera las causales de improcedencia de la acción de tutela, disponiendo en su numeral 1° lo siguiente:

“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.”

De igual modo, se tiene que la H. Corte Constitucional, al analizar la procedencia de la acción de tutela tratándose de concursos de méritos ha expuesto que:

“Así, prima facie, este Tribunal ha considerado que la acción de tutela no procede cuando a través de su uso se pretenda atacar decisiones proferidas por la Administración en el marco de un concurso de méritos, pues, el legislador de estableció mecanismos especiales en uso de los cuales el juez de lo contencioso administrativo estaría llamado a conocer de esos asuntos. Allí podría solicitarse, además, la puesta en marcha de medidas cautelares si es que la protección del bien es urgente y no soportaría el tiempo que tarde la resolución del litigio. Sin embargo, siguiendo lo advertido en el párrafo anterior,

puede que, en algunos supuestos, a la luz de las circunstancias particulares ofrecidas en el caso, se advierta que este medio judicial no es idóneo ni eficaz. Escenario en el que la acción de tutela devendrá procedente”¹.

Acompasa lo anterior, lo decantado por la Corte Constitucional en relación al requisito de subsidiariedad que gobierna la acción de tutela, donde en sentencia T- 425 de 2019, ese máximo órgano señaló que:

“Según disponen los artículos 86 de la Constitución y 6.1 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario, que solo procede cuando el solicitante no disponga de otro mecanismo de defensa judicial para lograr la protección de sus derechos fundamentales, salvo que se acredite un supuesto de perjuicio irremediable de naturaleza ius fundamental. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, en asuntos relativos a concursos de méritos los participantes pueden cuestionar las actuaciones surtidas en el marco de la convocatoria en ejercicio de los medios de control pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por tanto, la intervención del juez constitucional se restringe, de ser el caso, a conjurar un perjuicio irremediable.”

De acuerdo a lo señalado, correspondería a la Sala evaluar la presunta afectación y/o perjuicio irremediable que tengan los concursantes y que conlleven a que sus pretensiones sean impostergables, no obstante, los reclamantes no aludieron a tal figura en su exposición, ni aportaron mínimos elementos de juicio que permitieran acreditar o comprobar su inminente ocurrencia, por lo que mal hizo el Juez constitucional en desplazar la competencia del juez ordinario.

1 Corte Constitucional. Sentencia T-0081 de 2021. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

Asimismo, se equivocó el A quo al exponer que los mecanismos dispuestos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo resultan ineficaces para dirimir la controversia objeto de estudio, basado simplemente en el término de vigencia de la lista de elegibles proferida en el marco del concurso de méritos (dos años), pues:

1) La problemática esbozada amerita de un amplio debate probatorio y un minucioso estudio que no puede ser realizado en sede de tutela, siendo que este es un mecanismo excepcional, preferente y sumario, y hacerlo, como ha dicho la H. Corte, desdibujaría su fin principal, que es la defensa de los derechos fundamentales.

2) Con la introducción al ordenamiento jurídico colombiano de la Ley 1437 del 2011, se les concedió la oportunidad a los demandantes de solicitar la protección de sus derechos a través de ciertas medidas cautelares, lo cual conduce a generar una mayor eficacia, en lapsos perentorios. En efecto, la Corte Constitucional en sentencia T-425 del 2019, expuso que:

“Así mismo, la Sala advierte que, en ejercicio de dicho medio de control, los accionantes podían solicitar el decreto de medidas cautelares para solicitar la protección y garantía provisional del objeto del proceso y la efectividad de la sentencia” “la posibilidad de suspender en determinados casos las etapas de un concurso de méritos por medio de la acción de tutela no es una potestad exclusiva de la Corte Constitucional”

Los actores podían solicitar al juez de lo contencioso administrativo: (i) el restablecimiento de la situación al estado en que se encontraba antes de la presunta conducta vulneradora, (ii) la suspensión del concurso por no existir otra posibilidad de superar la situación que dio lugar a la adopción de la medida o (iii) la suspensión provisional de los efectos del acto de invitación a la convocatoria BF/18- 002[74]. Incluso, (iv) podían pedir que el juez administrativo adoptara una medida cautelar de urgencia, si de las

particularidades del caso se advertía la necesidad de una intervención perentoria de la autoridad judicial”.

Así las cosas, esta Colegiatura considera que, el escenario tutelar no es el idóneo para dirimir la controversia planteada, por cuanto, la acción de tutela no es un mecanismo alternativo, adicional o complementario de los previstos en el ordenamiento jurídico colombiano para esta clase de eventos, menos cuando los gestores no lograron demostrar la existencia de presupuestos que permitan flexibilizar los requisitos de procedibilidad de la acción constitucional, y tampoco se advierten graves violaciones a las garantías del debido proceso o actuaciones incompatibles con el conjunto de principios y derechos previstos por la Constitución, que ameriten la urgente intervención del Juez Constitucional.

Asimismo, se tiene, del análisis de las pruebas allegadas, que las actuaciones surtidas al interior del proceso de selección se ajustaron a la ley y a los lineamientos del concurso, y las peticiones elevadas por el reclamante fueron tramitadas y resueltas de fondo por las entidades accionadas.

Por lo que se reitera, de continuar la inconformidad del señor GONZÁLEZ, y las señoras DE LA OSSA y GUERRERO, el trámite eficaz que correspondería, sería dar inicio a un proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En virtud de lo anterior, esta Corporación procederá a revocar la decisión adoptada por el JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BARRANQUILLA, el día 13 de diciembre de 2022, teniendo en cuenta que el amparo de marras es improcedente.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley

Rad. N°2022-00570-T-CA.

Accionante: CARLOS RAÚL GONZÁLEZ MOSCOTE.

Decisión: Revocar.

RESUELVE:

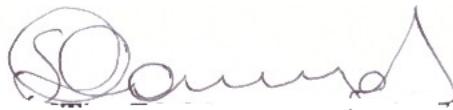
PRIMERO: Revocar la sentencia impugnada, de fecha y origen conocidos en el infolio. En su lugar, declarar improcedente la acción de tutela promovida por el señor CARLOS RAÚL GONZÁLEZ MOSCOTE, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Advertir que contra esta providencia no procede ningún recurso.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA

APROBACIÓN VIRTUAL
LUIGUI J. REYES NÚÑEZ

APROBACIÓN VIRTUAL
JORGE E. MOLA CAPERA

OTTO MARTÍNEZ SIADO
SECRETARIO