REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN PENAL ADOLESCENTES

Sustanciador: Alfredo de Jesús Castilla Torres.

El expediente puede ser consultado en el siguiente enlace: TPA-2022-00014

Barranquilla, D.E.I.P., Tres (03) de mayo de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Se decide la impugnación presentada por el accionante contra la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022 por el Juzgado Segundo del Circuito adscrito al SJPJ–CFC, dentro de la acción de tutela instaurada por Mario Antonio Pestana Pérez contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Gobernación del Atlántico por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia , al trabajo en condiciones dignas, a la igualdad, al debido proceso , y a la confianza legítima.

ANTECEDENTES

1. HECHOS

Actor precisa que se inscribió al concurso territorial II-2.019 con la Gobernación del Atlántico, para el cargo líder de programa, cumpliendo con los requisitos, resultando admitido, aprobando examen arrojando como resultado el primer puesto ante los demás concursantes; refiere actor que la lista fue publicada el /19/NOV/2.021/ y quedando en firme el /29/NOV/2.021/ y cumpliéndose el /14/DIC/2.021/ el término para que la Gobernación del Atlántico expidiera acto administrativo de nombramiento; A la fecha no se ha procedido a expedir el acto administrativo de nombramiento.

2. PRETENSIONES

El accionante pretende que se ordene a la Gobernación del Atlántico que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del respectivo fallo de tutela, proceda a efectuar su nombramiento en período de prueba en el cargo de Líder de Programa, Código 206, Grado 06 de la Gobernación del Atlántico, en virtud de la lista de elegibles conformada por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución No. 8549 del 11 de noviembre de 2021, la cual se encuentra en firme desde el 29 de noviembre de 2021. Y, no se postergue su posesión.

El Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Barranquilla, mediante auto de 28 de enero de 2022, admitió la tutela y se ofició a los accionados para que ejercieran su derecho de defensa frente a los hechos expuestos.

Expidiéndose una primera sentencia, el 4 de febrero de 2022, denegando el amparo solicitado, la cual fue impugnada por el accionante, revisado que no se vinculó al trámite a los empleados de la Gobernación que se verían afectados por el nombramiento del accionante, en el auto de 15 de marzo de 2022 esta Sala de Decisión, anuló lo actuado para subsanar esa deficiencia.

Habiéndose efectuado lo correspondiente, el 29 de marzo se expide una nueva sentencia, que igualmente resulta desfavorable al señor Pestana Pérez, que volvió a impugnar, siendo concedido el recurso, remitiéndose el expediente a esta Corporación.

En la actuación de primera instancia se recibieron los informes y respuestas de la Comisión Nacional Del Servicio Civil, de la Gobernación Del Atlántico, de Claudia Patricia Gallardo Gómez.

CONSIDERACIONES DEL A-QUO

En el Sub – examine, el juez de primera instancia considera que pidiendose el amparo al derecho al trabajo, al considerar que Gobernación del Atlco viola la Res CNSC–8549, se vislumbra que halle en riesgo inminente de sus derechos fundamentales; menciona que el actor solo tiene una mera expectativa al trabajo y no un derecho cierto que se le pueda amparar

3. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

La parte recurrente, siendo el accionante, expone que han transcurrido tres (3) meses y medio desde la ejecutoria de la lista de elegibles sin efectuarse mi nombramiento, lo cual ha causado el empobrecimiento de mi patrimonio familiar y que la situación de embarazo de la provisional Claudia Gallardo Gómez en la última posición de dicha cadena de encargos, la jurisprudencia a través de la Sentencia Unificada SU-070 del 2013, ya se pronunció en cuanto a la solución jurídica a este caso (pago de prestaciones que garanticen su licencia de maternidad).

CONSIDERACIONES

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

De acuerdo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y su reglamentación en los decretos 2591 de noviembre 19 y 1991, 306 de febrero 19 de 1992 y 1382 de julio 12 de 2000, toda persona tiene derecho a instaurar la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales constitucionales, como un mecanismo subsidiario de defensa de los mismos, a falta de otro medio judicial de amparo.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que, ella sólo resulta procedente contra los actos arbitrarios o no justificados de la entidad contra la cual se dirige la acción; dado que no procede contra los actos legítimos o decisiones adoptadas de acuerdo a atribuciones o facultades de la autoridad accionada o bien ejecutadas en cumplimiento de una norma de carácter legal.

En ese orden de ideas, si el accionante en tutela, cuenta o contó con un medio de defensa ordinario y con la utilización de éste no se le causa un perjuicio irremediable, forzosamente habrá de concluirse que la acción impetrada resultará a todas luces improcedente. Ahora bien, habrá de auscultarse en las circunstancias de hecho que rodean el caso en concreto, en la búsqueda de determinar la existencia de un mecanismo ordinario de defensa, o bien la existencia del mismo, pero la presencia de un perjuicio irremediable que permitan acceder al amparo deprecado.

La jurisprudencia constitucional ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

En lo que concierne a la Inmediatez, este requisito impone la carga al accionante de interponer la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de derechos fundamentales. Así, aunque no existen reglas estrictas e inflexibles para la determinación de la razonabilidad del plazo, el transcurso de un lapso desproporcionado entre los hechos y la interposición de la acción de tutela, tornaría el amparo improcedente, puesto que desatendería su fin principal.

ACCION DE TUTELA EN CONCURSO DE MÉRITOS-Procedencia excepcional cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable

La Corte Constitucional ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la

naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales.

SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Importancia como pilar fundamental del Estado

La importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, se puso de relieve por esa Corporación en la sentencia C-588 de 2009, al declarar la inexequibilidad del Acto Legislativo No 01 de 2008, que suspendía por el término de tres años la vigencia del artículo 125 constitucional. En el mencionado pronunciamiento se indicó que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1 constitucional, cuyo incumplimiento o inobservancia implica el desconocimiento de los fines estatales; del derecho a la igualdad y la prevalencia de derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el acceso a cargos públicos y el debido proceso.

CASO CONCRETO

En el presente caso, el accionante precisa que se inscribió al concurso territorial II-2019 con la Gobernación del Atlántico, para el cargo líder de programa, cumpliendo con los requisitos, resultando admitido, aprobando examen arrojando como resultado el primer puesto ante los demás concursantes; refiere actor que la lista fue publicada el /19/NOV/2021/ y quedando en firme el /29/NOV/2021/ y cumpliéndose el /14/DIC/2021/ el término para que la gobernación del Atlco expidiera acto administrativo de nombramiento; a la fecha la misma pasiva no ha procedido a expedir el acto administrativo de nombramiento.

No obstante, alega la Gobernación del Atlántico en su informe (rendido ante él Juez Constitucional A Quo) que se encuentran diligenciando, gestionando y ejecutando todos los trámites pertinentes y necesarios para garantizar el nombramiento del señor Mario Antonio Pestana Pérez el cual está en primer lugar en la lista de elegibles, no obstante, informan que hay una funcionaria nombrada en provisionalidad con especial protección debido a que se encuentra en estado de embarazo haciendo preciso adelantar con cuidado su proceso de desvinculación.

En igual sentido, la señora Claudia Patricia que labora en la gobernación desde el 23 de diciembre del año 2015 en el cargo de técnico administrativo grado 15, así mismo que el /26/NOV/.021 comunicó a la oficina de talento humano de la gobernación que se encontraba en estado de embarazo de seis semanas, actualmente se encuentra en la semana 23 de embarazo.

Ahora bien, en la sentencia SU-070 de 2013, de la Sala Plena de la Corte Constitucional Magistrado Ponente: Alexis Julio Estrada, se unificaron las reglas jurisprudenciales que fijan el alcance de la protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo, así:

> *"*Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, se aplicarán las siguientes reglas: (i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad; (ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia."

Como bien fue señalado, en citadas líneas jurisprudenciales, la estabilidad relativa que se le ha reconocido a los empleados provisionales que tienen una condición o protección especial como es del caso, de la mujer embarazada, debe ceder ante el mejor derecho en cabeza de quien superó un concurso de méritos para ser nombrado en propiedad, razón por la que este Tribunal no encuentra acertado que la Gobernación del Atlántico no ha procedido a expedir el acto administrativo de nombramiento a Mario Antonio Pestana Pérez, al haber superado el concurso de méritos, y siendo el primero en la lista de elegibles para ocupar el cargo.

Bajo lo anterior argumentado, la presente acción de tutela resulta procedente, por cuanto conforme a la jurisprudencia constitucional citada, se encuentra que los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de mérito, en primer lugar porque al ser la lista de elegibles una cuestión con vocación temporal, y el esperar al transcurso de un proceso contencioso u ordinario llevaría a la extinción de dicha lista antes de la resolución del caso; y por otra parte, extender en el tiempo los posibles efectos nocivos de una decisión administrativa atentaría contra la protección misma de los derechos fundamentales que se procuran proteger.

En ese orden de ideas, se dispondrá al amparo constitucional al derecho fundamental a la carrera administrativa por mérito, a la igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima, al encontrarlos transgredidos por la Gobernación Del Atlántico, y en consecuencia se ordenará que dentro del término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo proceda a emitir el acto administrativo de nombramiento del señor Mario Antonio Pestana Pérez.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenará que en igual sentido ejecute las medidas administrativas correspondientes para garantizar el pago a la señora Claudia Patricia Gallardo Gómez de sus prestaciones que garanticen su licencia de maternidad.

RESUELVE

REVOCAR la decisión proferida por el Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Barranquilla el 29 de marzo de 2022. Y en su lugar, se dispone

1º. Amparar los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, al trabajo en condiciones dignas, a la igualdad, al debido proceso, y a la confianza legítima del accionante Mario Antonio Pestana Pérez.

2º.- Ordenar a la Gobernación del Atlántico, que en el término de las cuarenta y ocho horas (48) a la notificación de esta sentencia, proceda a emitir el acto administrativo de nombramiento del señor Mario Antonio Pestana Pérez, previo aporte y verificación de los documentos necesarios para la toma de posesión del cargo en el cual el actor ocupó el primer puesto, procediendo a su posesión en los términos legales correspondientes.

3º.-Ordenar a la Gobernación del Atlántico, que ejecute las medidas administrativas correspondientes para garantizar el pago a la señora Claudia Patricia Gallardo Gómez de sus prestaciones que garanticen el pago de su licencia de maternidad.

Notifíquese a las partes e intervinientes, por el medio más expedito.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

ALFREDO DE JESUS CASTILLA TORRES

JUAN CARLOS CERON DIAZ

DEMOSTENES CAMARGO DE AVILA

-

Firmado Por:

Alfredo De Jesus Castilla Torres
Magistrado
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
71c8285ba1ce2bbd6b5e884f534134e3e69f2337c98c5258d8e82f4720915ec4
Documento generado en 03/05/2022 04:44:26 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica