

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISION PENAL

Magistrada Ponente

Gloria Aminta Escobar Cruz

SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

Pereira, veinticinco (25) de julio de dos mil once (2011)

Hora: 5:30 p.m.

Aprobado por Acta No. 485.

Radicación:	66001-22-04-001-2011-00122-00
Accionante:	Andrés Felipe Montoya Vélez
Accionados:	Comisión Nacional del Servicio Civil y Sena
Derechos:	Debido proceso, trabajo, mínimo vital y otros

ASUNTO

Asume la Sala el estudio de la acción de tutela que promueve el señor **ANDRÉS FELIPE MONTOYA VÉLEZ** contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje, para deprecar el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por las demandadas.

ANTECEDENTES

La petición de amparo.

Señaló el libelista que presta sus servicios al Sena Regional Risaralda vinculado inicialmente como contratista desde el 25 junio de 2005 al 4 de septiembre de 2007 y luego en provisionalidad mediante nombramiento de 2 de enero de 2008, hasta la fecha, en un cargo (que no identifica) que fue reportado por vacancia definitiva a la Comisión Nacional del Servicio Civil en misiva de fecha 7 de diciembre de 2009, fecha muy posterior a la convocatoria 01 de 2005, efectuada para la provisión de cargos.

Informa que de acuerdo con el cronograma de la Comisión, el cargo por él ocupado no pertenecía a ningún grupo o etapa dentro de la oferta pública de empleos de carrera, razón por lo que no le fue posible concursar y que de acuerdo con el oficio 2-2011-012448 del Sena, dicha vacancia será cubierta con la persona que siga en turno de la lista de elegibles, lo que considera irregular, porque, reitera ese cargo no fue ofertado, lo cual vulnera el debido proceso, el derecho a un trato igual, la confianza legítima y el libre acceso a la administración pública.

Luego de referir que existen desorden administrativo, aduce que la Corte Constitucional, con ocasión del concurso para la provisión de cargos en la Fiscalía General de la Nación emitió pronunciamiento indicando que sólo se podía proveer con la lista de elegibles los cargos para los cuales se hizo la convocatoria, en tanto que los demás deberían continuar ocupados en provisionalidad, hasta tanto no se hiciera nueva convocatoria.

Pretende en concreto el actor que se realice nuevo concurso para la

provisión de cargo que él ocupa en provisionalidad y los demás ofertados luego del concurso de 2005, en condiciones de igualdad respecto de los demás postulantes, y que ordene respetar los nombramientos provisionales efectuados con posterioridad a la convocatoria 01 de 2005.

La actuación.

Admitida la acción y notificada a los interesados, se pronunció el Director Regional Risaralda del S.E.N.A., quien luego de referir las normas que regulan la provisión de cargos públicos en carrera administrativa, aseguró que el ocupado por el accionante debe ser provisto mediante el sistema de concurso de méritos y que su convocatoria fue ampliamente publicitada por todos los medios de información, sin que la entidad le hubiera impedido al señor MONTROYA acceder a este proceso.

Precisó que el primer reporte realizado por el S.E.N.A. a la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo fue el 16 de junio de 2008 para el nivel profesional y asesor y el segundo se hizo el 7 de diciembre de 2009, para el nivel técnico dentro del cual se encuentra el cargo de Instructor.

Sostiene que para el caso del señor ANDRÉS FELIPE MONTROYA VÉLEZ, fue nombrado provisionalmente en el cargo de Instructor Grado 7 el que fue reportado a la Comisión el 9 de diciembre de 2009 y desde el inicio se le hizo saber que el nombramiento era provisional hasta el momento en que se expidan la lista de elegible producto del concurso de méritos, según consta en las diferentes resoluciones de nombramiento provisional que se efectuó por seis meses cada, conforme con lo autorizado por la Comisión.

También dio a conocer que ese cargo en particular se encuentra vacante desde el 31 de diciembre de 2005, por renuncia del señor Gerardo Hincapié Usquiano y que la Corte Constitucional se pronunció recientemente respecto de los cargos que encontrándose en vacancia definitiva son ocupados en provisionalidad, a quienes no les reconoce fuero de estabilidad, como sí lo tiene que se encuentra en carrera. Finalmente pidió no acceder a las pretensiones del actor.

A su turno la Coordinadora del Grupo de Relaciones Industriales de esa entidad, se refirió en los mismos términos que el anterior, ratificando que el proceso de provisión temporal del empleo asignado al accionante, está sujeto a un concurso de méritos.

De la Comisión Nacional del Servicio Civil, se recibió vía fax respuesta a la pretensión de tutela, haciendo referencia al sistema de carrera administrativa y el concurso de méritos, la cual no difiere de lo informado por los funcionarios del S.E.N.A.

CONSIDERACIONES

Competencia

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para decidir en primera instancia la presente acción, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del decreto 2591 de 1991 y primero del decreto 1382 de 2000.

Problema jurídico

Se cuestiona por esta vía la actuación de la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, porque hizo oferta pública del empleo que el actor ostenta a título de provisionalidad, sin haberle dado la oportunidad de concursar para ese

preciso cargo, omisión frente a la cual solicita se le proteja de la vulneración de sus derechos fundamentales.

Solución

Conforme con lo preceptuado por el artículo 86 de la Carta Constitucional, toda persona tiene acción de tutela ante los jueces, en cualquier momento y lugar, bien directamente o a través de representante, para propender por la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estén siendo vulnerados o amenazados con la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o con la conducta de algunos particulares en los casos expresamente previstos en la ley.

El tema objeto de estudio no es otro que el de carrera administrativa, por cuanto con ocasión de la convocatoria 001 de 2005, efectuada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, que dio apertura al proceso de selección que permita la conformación de un registro de elegibles, mediante un concurso de méritos abierto, para la provisión de cargos en la Rama Ejecutiva, se aduce una posible vulneración a los derechos del señor ANDRÉS FELIPE MONTOYA VÉLEZ, porque el cargo que él ocupa en provisionalidad como Instructor en el S.E.N.A., fue ofertado para su provisión en propiedad.

El accionante acusa que se le vulneraron sus derechos en la medida en que la referida convocatoria no comprendió de manera singularizada el cargo por él desempeñado como Instructor del SENA Regional Risaralda, razón para que se le haya coartado la oportunidad de haber concurso para acceder al registro de elegibles y tener la posibilidad de ser nombrado en el mismo.

Los hechos planteados por el actor resultan ininteligibles, en cuanto no identifica con propiedad los actos administrativos contra los que plantea la acción, dado que se refiere posiblemente a que se reportó una vacancia definitiva de un cargo para su provisión mediante el sistema de carrera, en fecha posterior a la que se realizó la convocatoria pública, pero no informa si él se presentó a la referida convocatoria y fue o no admitida o si durante el proceso de selección fue descalificado.

La Sala debe reiterar que ante la existencia de actos de carácter general, impersonal y abstracto, no procede la acción de tutela como así se concluye de lo señalado por el artículo 6, numeral 5º del Decreto Ley 2591 de 1991, no siendo posible atacar por vía de tutela la convocatoria 001 de 2005 emanada de la comisión Nacional del Servicio Civil, tampoco el documento mediante el cual el Servicio Nacional de Aprendizaje reportó a la entidad antes citada, en fecha 7 de diciembre de 2009, los cargos vacantes en esa entidad.

Existen frente a la actividad de la administración pública, acciones judiciales como mecanismo de defensa ordinario, y para efectos de los actos generales antes citados, correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante la acción de nulidad. Como se comentó en precedencia, no agotar estos mecanismos conduce a la improcedencia de la acción, porque no satisface los presupuestos de residualidad y subsidiariedad.

No es del caso comentar todo el desarrollo legislativo que se ha producido con ocasión de la orden constitucional de incorporar a los servidores públicos mediante el sistema de concurso público, es decir, por méritos, con las excepciones allí previstas, dado que la pretensión del ciudadano MONTOYA VÉLEZ, es la expedición de una nueva

convocatoria para la provisión del cargo de Instructor Grado 7 que él ocupa en el S.E.N.A.

Al respecto es necesario precisar que conforme con la ley 909 de 2004, se efectuó una convocatoria, previamente dispuesta por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución 0171 de 2005, con la finalidad de proveer todos aquellos cargos que en la rama ejecutiva de la administración pública estuvieren vacantes en forma definitiva. Allí no se impuso que la misma fuera dirigida hacia cargos en concreto, sino que se realizó para todos los empleos, acorde con los decretos reglamentarios que expidió el Gobierno Nacional, según la denominación de empleo y su asignación a carrera administrativa.

La citación a concurso fue abierta y debidamente publicitada y allí se incluyeron todos los cargos existentes, sin excepción de si se encontraban vacantes o no, por lo que el registro de elegibles que se conformaría, tendría una vigencia a futuro, durante dos años, para proveer todos los cargos vacantes hasta su vigencia, según lo previsto en el numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

Nada se opuso a que el señor ANDRÉS FELIPE MONTOYA VÉLEZ, se presentara al concurso para el cual se convocó por la Comisión Nacional del Servicio Civil y su omisión no puede ser ahora talanquera que impida nombrar en propiedad en el cargo que éste ocupa provisionalmente, a una persona que se sometió al proceso de selección, con la aspiración de acceder a la función pública.

Recordemos que en contrario, el omitir la designación de una persona que se somete a un concurso de méritos y luego de aprobado, desestimarle dicha oportunidad de ocupar el cargo, es cercenarle su

derecho legítimamente adquirido y no puede ser razón válida, el que esté ocupado en provisionalidad

Preciso es señalar que desde el momento mismo en que el señor MONTROYA VÉLEZ accedió al cargo de Instructor Grado 7 en el S.E.N.A. Regional Risaralda, se le mencionó en la resolución de nombramiento que tal designación en encargo y luego en provisionalidad, tendría vigencia hasta cuando se cubriera la vacante en forma definitiva, lo cual se haría con la lista de elegibles producto del concurso de méritos.

Luego no puede aducirse ahora que puedan existir unos derechos adquiridos o que el principio de legalidad para la designación, abarque aspectos no comprendidos en la ley y la convocatoria, para definir que deba retrotraerse el concurso y llamar a todos los provisionales que omitieron su inscripción, como dándoles una segunda oportunidad, para suplir su incuria, frente a la convocatoria inicial.

La Colegiatura no advierte que en efecto se haya desvinculado al señor ANDRÉS FELIPE MONTROYA, tan solo existe esa posibilidad, porque el cargo vacante desde diciembre de 2005, fue ofrecido dentro de la oferta pública de empleos, lo que podría conducir a un perjuicio irremediable, eventualidad que descarta la Sala, si atiende a que su remoción del cargo, se originaría por motivos expresamente señalados en la Ley 909 de 2004, como lo es la designación en propiedad.

La Corte Constitucional ha expuesto que quien ocupa un cargo en provisionalidad, solo adquiere una estabilidad relativa; así lo plasmó:

3.4.1. La jurisprudencia constitucional ha señalado que los servidores públicos que se encuentran en provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que se ha denominado como intermedia. Por tanto, los funcionarios que ocupan cargos en calidad de provisionales no tienen la misma estabilidad que los de carrera administrativa, pero tampoco su

desvinculación es asimilable a la de un funcionario de libre nombramiento y remoción. Entonces, el empleado que se encuentra en provisionalidad no está sujeto a la arbitrariedad o la simple voluntad del nominador, sino que goza de cierta protección.

Siendo esto así, “la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia. Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. En consecuencia, la discrecionalidad del nominador está circunscrita a “atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”.¹

Esta relativa estabilidad, se pierde con ocasión del derecho legítimo que adquiere aquél quien conforme la lista de elegibles, previo el concurso de méritos, ha sido seleccionado para acceder a la administración pública, lo cual resulta inoponible, en los términos del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004.

En esta medida, debe otorgarse la razón a las entidades accionadas, cuando han solicitado se denieguen las pretensiones del accionante, porque en realidad, con la oferta pública del empleo que éste ejerce, no se le está vulnerando ninguno de sus derechos fundamentales y como tal, debe someterse al imperio de la ley y acatar las decisiones de la administración pública, cuando quiera que estas provienen del ejercicio de sus competencias, previamente definidas por la ley.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

¹ Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-507 de 2010, MP. Mauricio González Cuervo.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR improcedente la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de acceso a cargos y función pública, invocados por ANDRÉS FELIPE MONTOYA VÉLEZ.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

Magistrada

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

Jairo Alberto López Morales

Secretario