



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS N° 2**

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
Magistrada ponente

STP4897-2014
Radicación n° 73087
(Aprobado Acta No. 115)

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil catorce (2014).

ASUNTO

Resolver la impugnación presentada por la apoderada de **NUBIA STELLA BARBOSA TOLEDO** contra la sentencia de tutela proferida el 27 de marzo de 2014 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que negó el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), en

actuación que se hizo extensiva a la ciudadana Silvia María Turizo Moreno.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Según se extrae del trámite, mediante la Resolución 171 del 5 de diciembre de 2005, la CNSC convocó al concurso de méritos por el cual se habrían de proveer los empleos de carrera administrativa de las entidades públicas regidas por la Ley 909 de 2004, dentro de las cuales se encuentra el SENA.

Adelantadas las primeras etapas del proceso de selección, se publicó la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC), subdividida en tres grupos: 1) vacancias definitivas sin características particulares, 2) cargos cobijados por el Acto Legislativo 001 de 2008 –a la postre declarado inexecutable mediante la sentencia C - 588 de 2009-, y 3) puestos ocupados por *pre pensionados*, de acuerdo al Decreto 3905 de 2009.

Dentro del reporte presentado por el SENA el 7 de diciembre de 2009 para la conformación de la mencionada lista, se incluyó el cargo que **NUBIA STELLA BARBOSA TOLEDO** venía ocupando en provisionalidad dentro de aquel organismo, el cual, al publicarse la OPEC, fue clasificado dentro del primer grupo, por no reunir las condiciones de los dos restantes. Es necesario indicar que la ciudadana en mención no se inscribió en el concurso.

El 10 de mayo de 2012, el SENA le comunicó a la demandante el nombramiento, en período de prueba, de Jairo David Machado López; por lo cual, su vinculación con la entidad terminaría de manera definitiva cuando este último tomara posesión del cargo.

El 29 de enero de 2013, le fue remitida una misiva de similar contenido, salvo por la persona que había sido designada para ocupar el empleo. No obstante, por circunstancias que no quedan del todo claras con las pruebas obrantes en el plenario, en ninguna de las dos ocasiones se materializó lo anunciado.

Finalmente, el 14 de noviembre de 2013 le fue informado el contenido de Resolución No. 110 del día inmediatamente anterior, por la cual el SENA resolvió nombrar a una tercera persona en período de prueba con la consabida consecuencia.

Como la señora Silvia María Turizo Moreno se posesionó el 4 de febrero de 2014, a partir de tal fecha fue desvinculada la accionante.

La señora **BARBOSA TOLEDO** señala que su empleo no debió ofertarse pues es *pre pensionada* y madre cabeza de familia, es decir, sujeto de especial protección. Considera que el retiro quebranta sus garantías fundamentales, por lo que depreca ante la jurisdicción constitucional que se

ordene su reintegro y la cancelación de los estipendios no percibidos.

TRÁMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA

Con auto del 14 de marzo de 2014, el juez plural de primer grado avocó el conocimiento de la demanda, corrió el respectivo traslado a las autoridades contra las que se dirigió y, para conformar en debida forma el contradictorio, vinculó al trámite a la ciudadana que tomó posesión del cargo previamente ocupado por la accionante.

Tanto la CNSC como el SENA se opusieron unánimemente a la prosperidad de la solicitud, en atención a la existencia de otros medios de defensa judicial, y por cuanto la demandante no participó del concurso, no tenía la calidad de *pre pensionada* al momento de la clasificación del cargo que venía ocupando en la OPEC, ni puede acudirse a su condición de madre cabeza de hogar para perpetuar su vinculación con la entidad, pues ello solamente procede cuando el número de vacantes excede el de nombres en la lista de elegibles, lo que no acontece en este caso.

La señora Silvia María Turizo Moreno indicó que su nombramiento fue fruto de la aprobación exitosa de todas las etapas del concurso de méritos, por lo cual solicitó que independientemente de la determinación que se adopte, se respete tal situación consolidada.

El *a quo* negó el amparo. Consideró que la desvinculación de la accionante no se decidió con base en su condición de madre cabeza de familia, sino que operó una causa legítima, consistente en el resultado del concurso; al tiempo que para el momento en que se expidió el Decreto 3905 de 2009, el cual impide ofertar los empleos ocupados por *pre pensionados*, es decir, a quienes les falten tres años o menos para consolidar el derecho a la jubilación, ella no tenía tal calidad.

La libelista impugnó la providencia. Con apoyo en varias citas jurisprudenciales, destacó la especial protección que merecen las personas cabeza de hogar y quienes están próximos a pensionarse, situaciones en las que se encuentra la señora **BARBOSA TOLEDO**, por lo que reiteró su pretensión inicial.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Conforme al artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, este cuerpo colegiado es competente para desatar la segunda instancia respecto de la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Dispone el artículo 86 de la Constitución Política, y así lo reitera el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando sean amenazados o vulnerados por la conducta activa u omisiva

de las autoridades públicas o de los particulares. Se caracteriza por ser un trámite subsidiario e informal que tiene lugar ante la ausencia de otro medio de defensa o su falta de idoneidad, o excepcionalmente para evitar un perjuicio irremediable.

La demandante cuestiona la decisión administrativa adoptada por el SENA, mediante la cual fue desvinculada del cargo que en provisionalidad venía ocupando, pero del cual tomó posesión otra persona tras culminar exitosamente el concurso de méritos adelantado para tal efecto por la CNSC. En su criterio, por ser madre cabeza de familia y *pre pensionada*, el retiro del empleo público conculca sus garantías de orden superior, por lo que depreca el reintegro y la cancelación de los salarios no devengados.

Frente a la solicitud de protección constitucional, impera destacar que aunque el ataque se dirige expresamente contra el acto final del proceso de selección, esto es, la toma de posesión de quien lo superó y consecuente desvinculación de la accionante el 4 de febrero último; la crítica envuelve todas las etapas de la convocatoria, durante las cuales guardó silencio, y nada hizo por conjurar lo que a su juicio constituye una situación violatoria de sus derechos fundamentales, pese a la cada vez más evidente y cercana posibilidad de que ocurriera.

Recuérdese que el concurso fue abierto al público mediante la Resolución 171 del 5 de diciembre de 2005. Luego, el 7 de diciembre de 2009 se reportó el cargo que venía ocupando como vacante sin características especiales (como las que ahora espera se reconozcan mediante el trámite de amparo), por lo que así mismo fue clasificado al ser publicada la OPEC.

Posteriormente, recibió tres avisos según los cuales otra persona había sido nombrada en período de prueba para desempeñar su empleo, lo que implicaba que la posesión de esta última conllevaría su automática desvinculación. De tales comunicaciones, datadas el 10 de mayo de 2012, 29 de enero y 14 de noviembre de 2013; la única que se hizo efectiva fue la última, lo que ocurrió el 4 de febrero de 2014. Solamente en este momento, la señora **BARBOSA TOLEDO** activó un mecanismo jurisdiccional para exponer su inconformidad, justamente, la presente acción de tutela.

La conducta adoptada por la demandante revela la incuria asumida respecto de las circunstancias fácticas que previsiblemente devendrían en la desvinculación de su empleo, las cuales empezaron a gestarse hace más de ocho años, y adquirieron con el paso del tiempo una mayor probabilidad de materialización, hasta que finalmente se produjo el inevitable desenlace. Nótese que si desde el principio hubiera acudido ante la jurisdicción contencioso

administrativa, es razonable concluir que ya se habría resuelto la controversia por el juez natural.

Como muestra adicional de la desidia demostrada por la ciudadana en mención, importa referir que aún sabiendo que su vínculo laboral tenía la calidad de provisional, (es decir, indefectiblemente culminaría con el nombramiento en propiedad de otra persona), ni siquiera intentó participar del concurso de méritos que le habría permitido consolidar su vinculación, o mejorarla con un ascenso, mediante el ingreso a la carrera administrativa; pero ahora pretende, con la acción constitucional, desconocer los derechos en cabeza de la persona que laboriosamente aprobó el proceso de selección, siendo finalmente seleccionada mediante el criterio del mérito propio.

La Sala no puede prohiar tal pretensión, pues con ello se validaría un uso inadecuado del instrumento residual y subsidiario, y en últimas, se favorecería el descuido o desinterés de la peticionaria. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha explicado lo siguiente:

Resulta contrario a la naturaleza de la acción de tutela reclamar contra actos de la administración, argumentando perjuicios derivados de la incuria propia de quien dejó vencer los términos judiciales, no ejerció las acciones ordinarias en tiempo y considera que el mecanismo excepcional previsto en el artículo 86 de la Carta Política, podría serle útil para eludir el

cumplimiento de obligaciones exigibles por la administración.
(Sentencia T – 255 de 2007).

Por último, si la accionante persiste en su reproche contra el último de los actos que compusieron la convocatoria, esto es, aquel por cuya razón fue desvinculada el 4 de febrero de 2014, aún puede interponer la respectiva acción de nulidad y restablecimiento del derecho (Art. 138 de la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-), cuya caducidad es de 4 meses (Art. 164-2-C, *ibídem*), dentro de cuyo trámite, le es permitido al funcionario judicial decretar como medida provisional, incluso desde el auto admisorio de la demanda, la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo confutado (Art. 230-3, *ejusdem*).

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 tutela, al tenor de lo previsto en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, máxime cuando no acreditó encontrarse frente a una evidente situación de perjuicio irremediable que haga forzosa la intervención transitoria del juez constitucional, pues como se dijo, los efectos nocivos del acto administrativo pueden ser conjurados mediante la solicitud fundamentada de la medida cautelar previamente reseñada.

Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional en sentencia T - 578 de 2010, entre muchos otros pronunciamientos en el mismo sentido, lo siguiente:

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación para que proceda el amparo se requiere del agotamiento de todas las instancias y recursos en los cuales el afectado hubiera podido solicitar la protección del derecho amenazado o vulnerado, salvo que la tutela se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ese sentido, ha advertido que el amparo constitucional no se ha constituido como una instancia adicional para decidir conflictos de rango legal, ni para que los ciudadanos puedan subsanar las omisiones o los errores cometidos al interior de un proceso. En otras palabras, la Corte ha sostenido que la acción de tutela no es un medio alternativo, ni complementario, ni puede ser estimado como último recurso de litigio.

Al margen de lo anterior, debe la Sala referir que pese a la manifestación de la accionante, según la cual ostenta la calidad de madre cabeza de familia de dos hijos, los medios de prueba que ella misma aportó, concretamente los certificados de estudios universitarios de Sergio y Sebastián Batista Barbosa, en los cuales se les identifica a cada uno por su correspondiente número de cédula.

Tal situación implica necesariamente la mayoría de edad de ambos, y en consecuencia, desvirtúa la condición de cabeza de hogar que su progenitora aduce tener. En un caso similar, el Tribunal Constitucional se pronunció así:

De conformidad con los requisitos esenciales para hacer efectiva la protección constitucional del principio de estabilidad reforzada de las mujeres cabeza de familia, encuentra la Sala que en el presente caso, no es posible acceder a las pretensiones de la accionante. Como se expuso con anterioridad, la condición de mujer cabeza de familia se predica de aquellas mujeres que deben proveer de forma exclusiva el sustento económico de sus hijos menores de edad o de las personas incapacitadas para trabajar. Así, la estabilidad en el empleo de las mujeres cabeza de familia no sólo tiene como finalidad proteger los derechos fundamentales de esta, sino particularmente, los derechos de sus hijos menores que, por encontrarse en tal condición, están imposibilitados para trabajar.

La accionante considera que es madre cabeza de familia pues tiene bajo su responsabilidad, el cubrimiento de las necesidades económicas de sus hijos mayores de edad quienes no pueden trabajar por encontrarse estudiando. Sin embargo, de acuerdo con el fundamento anterior, no es posible conceder la protección invocada en los casos, en que como en el presente, quienes dependen económicamente de la extrabajadora, poseen las condiciones necesarias para realizar una actividad productiva que les permita contribuir al sustento económico del núcleo familiar, bien sea porque se trate de hijos mayores de edad o de personas que no padecen alguna limitación física o mental.

Los precedentes razonamientos constituyen fundamento suficiente para confirmar la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N° 2, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de

Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** el fallo impugnado, por las razones expuestas en la anterior motivación.
2. **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase,

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria