

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

STP1066-2018

Radicación n.º 96143

Acta: 23

Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Resuelve la Sala la impugnación presentada por el DIRECTOR DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA contra el fallo proferido el 16 de noviembre de 2017 por la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO, mediante el cual concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso invocado por LUIS ANTONIO CARVAJAL ARGOTY en la demanda de tutela que formuló contra la mencionada entidad estatal. Al trámite fueron vinculados la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, la DIRECCIÓN DE TALENTO HUMANO de esa entidad, la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, la persona que en la actualidad ocupa el cargo de profesional universitario grado 02 del Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental Colegiada de Nariño, en provisionalidad; así como a los aspirantes de la Convocatoria No. 002-15 para el cargo de profesional universitario grado 02.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron sintetizados por el Tribunal a quo de la siguiente manera:

Relató el accionante que como funcionario de la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental Colegiada de Nariño en el cargo de Profesional Universitario Grado 01, participó en el concurso público de méritos a través de la Convocatoria No. 022-15 para proveer el cargo de Profesional Universitario Grado 02, dentro de la misma entidad.

Comentó que una vez superó todas las etapas del concurso, a través de la Resolución Ordinaria ORD-81117-4289-2015 del 18 de diciembre de 2015 se publicó la lista de elegibles para proveer el cargo al cual optó, en la sede Nariño, ocupando en la lista el puesto 8, habiéndose agotado la lista hasta el participante número 6, agregando que ante las múltiples interrupciones suscitadas en torno a su vigencia, informó que deberá entenderse que la misma culminó el 17 de octubre de 2017 y no como lo afirmó la entidad accionada que fue el 15 del mismo mes y año, si en cuenta se tiene que para esa fecha el día es inhábil por ser domingo.

Refirió que en fecha 26 de julio del año que cursa se generó la vacancia definitiva del empleo de Profesional Universitario Grado 02 ubicado en el Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental Colegiada de Nariño, habilitándose más tarde, en el mes de septiembre por la Dirección de Carrera Administrativa la necesidad y urgencia de proveer el cargo, indicándose para ello que debía suplirse de la lista de elegibles, acotando que quien ocupaba el puesto 7 de la mencionada no aceptaría la designación.

Señaló que la Dirección de Carrera Administrativa de la accionada dispuso ofrecer el cargo vacante por correo electrónico en calenda 19 de septiembre hogaño a la persona que ocupaba el puesto 7 de la lista de elegibles, el que fue contestado el 13 de octubre informando no aceptar la designación y por ende renunciar a la lista de elegibles, situación que afirmó el actor lo favoreció ya que ascendió de puesto en la lista, aun encontrándose la misma vigente para ese momento.

Indicó que, pese a esa manifestación, la demandada decidió emitir la Resolución No. 03580 del 13 de octubre de 2017 por medio de la cual la nombró a la concursante en el cargo ofertado, lo que fue notificado el 20 de octubre por correo electrónico a la persona que ocupada el puesto 7, quien en la fecha siguiente reiteró su negativa a la aceptación del empleo.

Con todo lo actuado comunicó el actor que finalmente a esa calenda la lista de elegibles ya se encontraba vencida, por lo cual la entidad accionada ya no emitió acto administrativo alguno que le permitiera ser nombrado en el cargo al que concursó.

Por todo lo anterior, solicitó la intervención del juez constitucional en aras de que se ampare sus derechos fundamentales trastocados y se ordene a la Contraloría General de la República efectuar su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario Grado 02 del Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental Colegiada de Nariño.

EL FALLO IMPUGNADO

Luego de un estudio detallado de la queja constitucional y las pruebas recopiladas durante el trámite de primera instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto arribó a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, indicó que le asistió razón al demandante al aseverar que la Lista de Elegibles para el cargo de Profesional Universitario Grado 02 en el Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental Colegiada de Nariño, vencía el 17 de octubre de 2017 pues:

(...) la resolución por medio de la cual quedó consolidado el registro es del 18 de diciembre de 2015, fecha en la que se produjo su publicación y se determinó que ésta tendría una vigencia de 1 año, luego de la desfijación de la publicación, iniciando ese término desde el

28 de diciembre de 2015 hasta el 28 de diciembre de 2016.

Respecto del tiempo fijado, el mismo se interrumpió a partir del 9 de noviembre de 2016, es decir, hasta ese momento había corrido un total de 10 meses y 10 días de la vigencia de la lista, quedando entonces por transcurrir un total de 1 mes y 20 días, para completar el año establecido en la ley; sin embargo, en el lapso de las suspensiones antes indicadas, la entidad habilitó el registro de elegibles por el lapso de 8 días, lo que deberá ser descontado a la cuenta anterior, restando entonces, únicamente 1 mes y 12 días, término que deberá ser contabilizado desde el 6 de septiembre de 2017, fecha en la que la accionada levantó la suspensión de la vigencia de las listas de elegibles producto del concurso de méritos 2014-2015.

De tal manera que, al hacer el conteo del tiempo, ello nos daría que hasta el 17 de octubre de 2017 la lista de elegibles para la convocatoria de interés del accionante estuvo vigente.

En segundo lugar, aseveró que sí existió violación del derecho fundamental al debido proceso de CARVAJAL ARGOTY pues, fue por la tardanza, negligencia e incuria de la entidad accionada que la designación del prenombrado actor no pudo llevarse a cabo dentro del periodo de vigencia de la lista de elegibles. Ello porque, desde el primer ofrecimiento de los cargos vacantes que se le hizo a Diana del Pilar Bastidas Guerrero -quien ocupaba el puesto No. 7 de la Lista de Elegibles-, en septiembre de 2017, ella manifestó que no estaba interesada por cuanto ya había accedido a un cargo en carrera en la Rama Judicial.

Sin embargo, olvidando esa manifestación expresa, el 13 de octubre de 2017, mediante Resolución No. 03580 el Contralor General de la República la nombró, en periodo de prueba por el término de 4 meses, en el cargo de profesional universitario grado 02 del Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental Colegiada de Nariño en la Sede de Nariño. Empero, esa designación no fue aceptada por Bastidas Guerrero por la misma razón que había aludido meses atrás, según correo

electrónico del 21 de octubre de 2017.

Así las cosas, dijo el Tribunal, “de aquí se deriva el principal motivo de vulneración de los derechos del actor (...) como desde la primera información aportada por la señora BASTIDAS GUERRERO ya la entidad tenía conocimiento que ella no estaría interesada en cualquier designación que se le hiciera, al punto que había expresado renunciar a la lista de elegibles; (...) era claro que se generaba por el accionante la posibilidad de ascender a un lugar en la lista, y así ocupar el puesto 7 y ser nombrado en la vacante definitiva de la sede de Nariño.” Por tanto, agregó, “si la administración hubiere obrado de manera diferente (...) era perfectamente viable realizar el nombramiento del actor en el cargo al cual este había optado”.

En tal virtud, resolvió:

Primero.- TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso de que es titular el señor LUIS ANTONIO CARVAJAL ARGOTY en contra de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, por lo señalado en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo.- ORDENAR a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA para que proceda en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación de este fallo, a designar o nombrar en periodo de prueba al señor LUIS ANTONIO CARVAJAL ARGOTY, en el cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 02 en el Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental Colegiada de Nariño en la sede de Nariño.

LA IMPUGNACIÓN

1. Inconforme con el pronunciamiento anterior, el Director de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República lo impugnó. Reiteró los argumentos plasmados en el escrito de contestación de la demanda de tutela formulada por CARVAJAL ARGOTY,

insistiendo en que, en cumplimiento del artículo 3º numeral 5º de la Resolución Reglamentaria No. 069 de 2008, el 19 de septiembre de 2017 “se ofertó a la elegible Diana del Pilar Bastidas Guerrero, una vacante en sede diferente para la cual concursó”. Sin embargo, pese a que contaba con el término de 10 días calendario para pronunciarse al respecto, al 30 del mismo mes y año no se recibió ninguna contestación de parte de la concursante.

Sin embargo, vencido el término para la aceptación de esa oferta, dijo, “fue allegada por correo electrónico del 13 de octubre de la presente anualidad, manifestación de la ofertada en la cual expresa: en mi calidad de participante del concurso e integrante de la lista de elegibles para el cargo de profesional universitario grado 02, donde ocupo la séptima posición, dentro de la convocatoria No. 022 de 2015, me permito manifestar que no aceptaré ninguna designación en el marco de dicho concurso, en consecuencia renuncio a la lista de elegibles. Toda vez que tomé posición en un cargo de la Rama Judicial también por concurso de méritos”.

Bajo tal panorama, explicó, independientemente de que la participante Diana del Pilar Bastidas Guerrero, no haya aceptado el ofrecimiento de una vacante en diferente sede de trabajo, “ella seguía perteneciendo a la lista de elegibles, pues no había operado la exclusión de la misma a voces de la normatividad aplicable”. De ahí que, agregó, de conformidad al Estudio Técnico, Versión No. 04 del 12 de octubre de 2017 se haya llevado a cabo su nombramiento en el cargo liberado por Natalia Alexandra Vallejo, en la sede Nariño de la Gerencia Departamental Colegiada de la entidad accionada, mediante Resolución Ordinaria No. 81117-3580 de octubre 13 de 2017, conforme a lo previsto en la Resolución Reglamentaria No. 069 de 2008, artículo 3º numeral 3º; designación de la que la elegible manifestó no aceptarla, dentro del término legal correspondiente, esto es el 21 de octubre de 2017.

Entonces, prosiguió, aunque la respuesta al primer ofrecimiento realizado a la aspirante del

puesto No. 7º de la lista de elegibles fue allegada mediante correo electrónico el 13 de octubre de 2017, fecha en la que se generó el nombramiento en el empleo con sede en Nariño, la Administración no tuvo en cuenta la motivación de la declinación como causal de exclusión del registro de elegibles, debido a que ésta no se encuadraba en las previstas en la Resolución Reglamentaria No. 0148 de 2011. Así, efectuado válidamente su nombramiento, la elegida comunicó mediante correo electrónico del 21 de octubre de 2017, que no estaba interesada en el cargo. Por tanto, expresó la entidad, “allí terminó el procedimiento administrativo” y “por la falta de vigencia de lista de elegibles”, dado que esta vencía el 15 de octubre de 2017, “estamos ante una imposibilidad legal” de realizar la designación del accionante LUIS ANTONIO CARVAJAL ARGOTY en el cargo ofrecido a la mencionada concursante.

De esta manera, explicó, obrar de manera diferente con relación a las etapas que deben suplirse para un nombramiento, conforme a la existencia de lista de elegibles, sería ir en contravía de las disposiciones reglamentarias.

Por tanto, concluyó, como quiera que la entidad que representa obró bajo el respeto de los derechos al debido proceso, igualdad, trabajo y meritocracia de todos los elegibles, las pretensiones del demandante no están llamadas a prosperar. En consecuencia, solicitó a la Sala, revocar en su integridad el fallo de primera instancia, para en su lugar, negar el amparo constitucional reclamado por CARVAJAL ARGOTY.

Sin perjuicio de lo anterior, allegó copia de la Resolución No. 04016 del 20 de noviembre de 2017, por medio de la cual el Contralor General de la República nombró a JUAN ANTONIO CARVAJAL ARGOTY, en el cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 02 en el Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental Colegiada de Nariño.

2. Por su parte, el accionante solicitó confirmar en su integridad el fallo proferido por el

Tribunal a quo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación interpuesta contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto.

2. El canon 29 de la Constitución establece el debido proceso como una garantía fundamental de quienes intervienen en actuaciones tanto judiciales como administrativas. Además, ordena su observancia a la Administración, siempre respetando las formas previamente definidas por el ordenamiento jurídico y los principios de contradicción e imparcialidad, con la garantía de que las decisiones se emitan con acatamiento de las etapas y los procedimientos señalados en las disposiciones pertinentes, para que sus actos no resulten en contravía de éstas, ni del ordenamiento superior (en ese sentido, puede consultarse la sentencia CSJ STP, 08 Ago. 2012, Rad. 61485, entre otras).

Del mismo modo, en decisión T-571 de 2005, dijo la Corte Constitucional que:

El derecho al debido proceso administrativo garantiza a las personas la posibilidad de acceder a un proceso justo y adecuado, en el cual tengan derecho a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y a controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar los actos administrativos y en fin a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio. (Destaca la Sala).

Ahora bien, tratándose de las potestades del juez de tutela cuando evidencia irregularidades y vulneración del debido proceso en trámites de concurso de méritos, la Corte Constitucional en Sentencia T-604 de 2013, precisó:

Una de las consecuencias que tiene la consagración expresa del debido proceso como un derecho de rango fundamental, es que todas las personas pueden acudir a la acción de tutela con el fin de que el juez constitucional conozca de la presunta vulneración, y de ser necesario ordene las medidas necesarias para garantizar su protección inmediata. El deber de protección de los derechos fundamentales exige al operador judicial tomar al momento de fallar una acción de amparo una serie de medidas tendientes a lograr que la protección sea efectiva. Entre las prevenciones que debe adoptar el juez de tutela cuando evidencia la transgresión de una garantía constitucional, está la de dictar una sentencia en la cual restablezca el derecho y se dispongan una serie de órdenes que garanticen el cumplimiento de las decisiones adoptadas. Este tribunal ha aclarado que las órdenes que puede impartir un juez de tutela pueden ser de diverso tipo, ya que la decisión a adoptar tiene que ser suficiente y razonable para lograr que la situación de vulneración cese. (...)

Los jueces de tutela en desarrollo de sus potestades deben adoptar las medidas que se requieran para que las personas que se consideren afectadas por las irregularidades detectadas en un concurso, puedan disfrutar de su derecho. Para ello pueden entre otras acciones, suspender la ejecución del mismo en la etapa en la que se encuentre, o en su defecto dejar sin efectos todo el trámite realizado. (Negrilla propia de la Sala).

3. En el presente asunto, le corresponde a la Sala determinar si resulta viable revocar el fallo de primera instancia que tuteló el derecho fundamental al debido proceso del accionante y ordenó a la Contraloría General de la República realizar el nombramiento en periodo de prueba del concursante LUIS ANTONIO CARVAJAL ARGOTY, en el cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 02 en el Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental Colegiada de Nariño en la sede de Nariño. Lo anterior, por cuanto la entidad accionada asevera que de su actuar no se puede predicar ninguna vulneración de los derechos fundamentales del prenombrado actor.

4. Pues bien, en ese propósito, pertinentes resultan las siguientes precisiones:

1. Antecedentes relevantes:

a. LUIS ANTONIO CARVAJAL ARGOTY participó en el concurso público de méritos a través de la Convocatoria No. 022-15 para proveer el cargo de Profesional Universitario Grado 02 de la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental Colegiada de Nariño, superando satisfactoriamente todas las etapas del concurso.

b. A través de la Resolución ORD-81117-4289-2015 del 18 de diciembre de 2015, se publicó la lista de elegibles para proveer el cargo al cual optó, en la sede Nariño, ocupando en la lista el puesto No. 8.

c. Para el caso de los aspirantes de la lista en la cual se encuentra el accionante, la entidad procedió a dar aplicación a la Resolución No. 069 de 2008 en los numerales 2º y 3º del artículo 3º. Para ello nombró a quienes ocuparon los puestos 1º y 2º en el cargo objeto del concurso y del 3º al 6º en cargos iguales a los convocados.

d. Posteriormente, el 19 de septiembre de 2017 se ofertó a quien ocupaba el puesto No. 7º de la Lista de Elegibles, esto es, a Diana del Pilar Bastidas Guerrero, una vacante en sede diferente para la cual concursó. La concursante contaba con el término de 10 días calendario para pronunciarse sobre tal ofrecimiento, sin embargo a 30 del mismo mes y año, la entidad estatal no recibió ninguna contestación de parte de la concursante.

e. Vencido el término para la aceptación de esa oferta, se recibió en la Contraloría correo electrónico del 13 de octubre de 2017, a través del cual, la mencionada elegida expresó: “en mi calidad de participante del concurso e integrante de la lista de elegibles para el cargo de profesional universitario grado 02, donde ocupo la séptima posición, dentro de la

convocatoria No. 022 de 2015, me permito manifestar que no aceptaré ninguna designación en el marco de dicho concurso, en consecuencia renuncio a la lista de elegibles. Toda vez que tomé posición en un cargo de la Rama Judicial también por concurso de méritos”.

f. En la misma fecha, esto es, el 13 de octubre de 2017, el Contralor General de la República expide la Resolución No. 03580 por medio de la cual resolvió: “nombrar en periodo de prueba por el término de cuatro (4) meses contados a partir del día en que tome posesión a DIANA DEL PILAR BASTIDAS GUERRERO (...), en el cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 02 en el Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental Colegiada de Nariño en la sede de Nariño.”

g. Sin embargo, conforme su primera manifestación, a través de correo electrónico del 21 de octubre de 2017, BASTIDAS GUERRERO, refirió: “en mi calidad de participante del concurso e integrante de la lista de elegibles para el cargo de profesional universitario grado 02, donde ocupó la séptima posición, dentro de la convocatoria No. 022 de 2015, me permito manifestar que no acepto el nombramiento que me fue comunicado, toda vez que tomé posición en un cargo de la Rama Judicial también por concurso de méritos”.

4.2 Ante tal panorama, surge incuestionable que le asistió razón a la primera instancia al conceder el amparo del derecho fundamental al debido proceso de LUIS ANTONIO CARVAJAL ARGOTY por cuanto, como quiera que desde el 13 de octubre de 2017, la Contraloría General de la República tuvo conocimiento de que Diana del Pilar Bastidas Guerrero no estaba interesada en acceder a ninguno de los cargos ofertados en dicha entidad y, además, que manifestó de manera expresa su renuncia a la lista de elegibles; lógico resulta entender que esa situación objetiva generó el ascenso en la lista de CARVAJAL ARGOTY, con la consecuente aspiración legítima de ser nombrado en el puesto ofrecido a Bastidas Guerrero.

Y es que, aunque la entidad accionada se excusa de realizar el nombramiento de CARVAJAL ARGOTY basándose en que la manifestación realizada por Bastidas Guerrero no conllevaba su exclusión de la lista de elegibles, para la Sala, esa justificación no es de recibo toda vez que, no existe razón lógica para entender cómo una persona que renuncia expresamente a formar parte de la lista de elegibles, queda atada a la misma, perjudicando el interés legítimo de los demás concursantes que sí aspiran a acceder a un cargo en carrera.

Entonces, si la entidad accionada hubiera advertido oportunamente esa situación y hubiera aplicado las razones de índole superior que imponen el acceso preferente al cargo por parte de quien superó satisfactoriamente el concurso de méritos, nada obstaba para que antes del vencimiento de la lista de elegibles, hubiere realizado el nombramiento del actor pues, para el 13 de octubre de 2017 aún estaba vigente.

Recuérdese, que la carrera administrativa tiene el carácter de principio del ordenamiento superior “que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, al tiempo que se erige en instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría, como los de igualdad e imparcialidad, y de derechos fundamentales tales como el consagrado en el numeral 7º del artículo 40 de la Constitución, que le garantiza a todos los ciudadanos, salvo las excepciones que establece la misma norma superior, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos”. (Sentencia CC T-186 de 2013).

En ese entendido, no hay duda de que existe un mandato constitucional expreso, de acuerdo con el cual el ingreso, permanencia y retiro del empleo público debe basarse en la evaluación acerca del mérito del aspirante o servidor del Estado. Por ende, la carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos. A su vez, la superación satisfactoria del concurso de méritos confiere al aspirante seleccionado un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible respecto de la Administración y de los servidores que ejercen el cargo ofertado en condición de provisionalidad

Por tanto, en el presente asunto, queda evidenciada la existencia real de un perjuicio que justifica las medidas adoptadas por el Tribunal de primera instancia, ya que de no ordenar el nombramiento del actor en la vacante descrita, se le causa un daño específico consistente en la imposibilidad de acceder al cargo público para el cual concursó.

5. Por consiguiente, la Corte confirmará en su integridad el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA NO. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo impugnado.

NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez en firme.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

