

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

STP2940-2018

Radicación N.º 96838

Acta 64

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Decide la Sala la impugnación interpuesta por DIEGO MAURICIO OSPINA LÓPEZ, contra el fallo proferido el 16 de enero del presente año por la SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MANIZALES, mediante el cual negó el amparo de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

Así los expuso el Tribunal a quo:

En el escrito de demanda de tutela se da cuenta de lo siguiente: El 12 de agosto de 2015 la Procuraduría General de la Nación convocó a concurso de méritos para ocupar 739 cargos de carrera; el concurso se distribuyó en diversas convocatorias, entre ellas la distinguida con el N° 023, para proveer 20 cargos de asesor grado 19. El demandante – Dr. DIEGO MAURICIO OSPINA – participó en esa convocatoria y al culminar la misma ocupó el puesto número 24 de elegibles.

Al momento de la convocatoria, en la ciudad de Manizales el cargo de Asesor Grado 19 no estaba vacante, pero actualmente lo está, según certificación que en tal sentido expidió la Secretaría General de la Procuraduría. El demandante es padre cabeza de familia, tiene una hija de 13 años que vive en Manizales, la madre de la niña falleció hace 9 años, y él actualmente reside en Mocoa (Putumayo) por motivos de índole laboral.

El 19 de octubre de 2017, invocando el derecho de petición, solicitó ante la Procuraduría General de la Nación ser nombrado en el cargo de Asesor Grado 19, en la ciudad de Manizales, y el 30 de noviembre recibió respuesta en la cual se le dijo que no se accedía a su petición, pues “el agotamiento de las listas de elegibles” se realizaría de acuerdo con los cargos “ofertados”. La Procuraduría, al responder, no hizo referencia alguna al aspecto central de su petición “... esto es, la solicitud de una acción afirmativa por parte de dicha entidad, teniendo en cuenta la situación particular de mi hija y mía”.

Argumenta el actor que según la jurisprudencia constitucional, la entidad accionada tiene la obligación de brindarle una respuesta “que contenga un análisis completo de la situación planteada”, aunque no esté acorde con sus pretensiones, pues la Corte ha dicho que la respuesta debe ser clara, precisa y congruente; afirma que debieron ser motivo de análisis las razones por las cuales solicitó su nombramiento en la ciudad de Manizales – en un cargo que al momento del concurso no estaba vacante, pero que de haberlo estado lo habría escogido como primera opción -. Agrega que de acuerdo con la respuesta de la Procuraduría, únicamente se proveerán las vacantes que fueron “indicadas” en la convocatoria; que el artículo 216 del Decreto ley 262 de 2000, citado por la Procuraduría, dispone, entre otras cosas, que “... Efectuados los respectivos nombramientos para proveer los empleos objeto de convocatoria u otros iguales a éstos, se retirarán de la lista de elegibles los servidores en los que hayan recaído dichos nombramientos, salvo que no hayan aceptado o no se hayan posesionado por razones ajenas a su voluntad...”, que desde el punto de vista legal no existe ninguna justificación para que la Procuraduría deje de proveer vacantes en un determinado cargo, existiendo una lista de elegibles vigente, aun cuando al

momento de la convocatoria no estuvieran vacantes todos los cargos que lo están en la actualidad, y que nada justificaría que esos nombramientos se hagan en provisionalidad o por encargo, existiendo lista de elegibles, pues ello implica violación al derecho de ocupar cargos públicos.

Aclara, de otra parte, que hace un mes se radicó en la ciudad de Mocoa por motivos laborales y, aunque fue muy bien acogido, la situación de su hija “es bastante particular”, porque si bien él contrajo nuevas nupcias, no conviene separar a la menor de su entorno familiar (abuela materna, tías, primas); sostiene que esa situación debió ser tenida en cuenta por la entidad accionada, máxime cuando es la encargada de proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad. Alude a su condición de padre cabeza de familia y transcribe un aparte de jurisprudencia. Luego afirma que acceder a su solicitud no implicaría desconocer precepto constitucional alguno, ni ninguna otra norma, pues cumple los requisitos para acceder al cargo solicitado y nadie más ha aspirado a éste “... como quiera que dicha sede, como bien lo reconoce la Procuraduría General de la Nación, no fue incluida en la convocatoria inicial”; que acceder a su petición significa, simplemente, reconocer una situación especial.

Finalmente, dice que en este caso procede la acción de tutela, porque cualquiera otra acción resultaría inocua y “estando vigente la lista de elegibles, mi nombramiento en otra sede distinta a la solicitada haría que el perjuicio fuera irremediable”; que, de acuerdo con la jurisprudencia, otras vías diferentes de la tutela no resultan idóneas para restaurar oportunamente los derechos fundamentales conculcados.

Pretende el demandante que se declare que la entidad accionada le está vulnerando los derechos fundamentales de petición y a ocupar cargos públicos y que, surtida esa declaratoria se le ordene a la entidad proceder a nombrarlo en el cargo de Asesor Grado 19, en la ciudad de Manizales.

EL FALLO IMPUGNADO

Consideró el Tribunal a quo que la respuesta que le brindó la Procuraduría General de la Nación al demandante «fue oportuna, clara, completa en su esencia y fue dada a conocer de manera adecuada», pues le explicó claramente las razones por las que no podía designarlo en la ciudad de Manizales, al no haber sido incluida esa localidad dentro de la convocatoria 023-2015.

Añadió, que sus derechos fundamentales están garantizados, porque la entidad accionada explicó que sería designado, en estricto orden descendente, según su ubicación en el registro de elegibles.

Además, aunque planteó su situación de padre cabeza de familia, no explicó cómo podría materializarse, por esa razón, un perjuicio irremediable al no ser nombrado en Manizales porque, como lo afirmó en la demanda, es funcionario de la Contraloría General y su hija, «de 13 años de edad cuenta con el amparo de su entorno familiar en Manizales y estudia en un centro educativo de conocido prestigio» en esa localidad.

Por esas razones negó el amparo constitucional invocado.

LA IMPUGNACIÓN

Fue propuesta por el accionante, quien luego de reiterar los argumentos de la demanda de tutela, cita jurisprudencia de la Corte Constitucional y lo previsto en el artículo 216 del Decreto 262 de 2000 en punto de la conformación y utilización de listas de elegibles, para insistir en que la Procuraduría General de la Nación nada dijo frente a su especial condición de padre cabeza de familia.

En ese orden, como la Procuraduría está en la obligación de proveer «todas las vacantes existentes» mediante el agotamiento de las listas, su solicitud es procedente, al analizarla

consonantemente con la protección de los derechos de su hija menor de edad, máxime que cumple todas las condiciones para acreditar que es cabeza de hogar.

Reitera que se materializa un perjuicio irremediable en su caso, ante la imposibilidad de acudir a las acciones contenciosas por razón del término de vigencia de la lista de elegibles y «no es clara la forma en que la Procuraduría está utilizando las listas», por lo que pide sea «revisado» el fallo de primer nivel.

En escrito complementario, allegó copia de la providencia CSJ STP1657 - 2018 en la cual la Sala de Tutelas n.º 1 de esta Corporación resolvió un caso «que tiene similitudes fácticas con el que yo propuse en mi acción» y que, en consecuencia, ha de ser considerado al desatar el recurso vertical.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, con las modificaciones que a esa norma introdujo el Decreto 1983 de 2017, la presente actuación ha debido ser sometida a reparto de primera instancia ante los jueces del circuito¹.

No obstante, según lo previsto en auto 063 de 2016 proferido por la Corte Constitucional, se advierte que los conflictos de reparto con sustento en el Decreto Reglamentario 1382 de 2000 (incorporado al Decreto 1069 de 2015) no generan nulidad², por lo cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolverá la impugnación interpuesta contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales.

2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) estableció la tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual que tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales del ciudadano, ante su vulneración o amenaza, cuando ésta se derive de una acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o a los

particulares, en los casos que la ley regula y siempre que el interesado no cuente con otros medios de defensa judicial.

3. Ha sostenido de forma pacífica la Sala, que cuando se controvierte un concurso de méritos, la vía contencioso administrativa puede no brindar una solución pronta y adecuada al reclamo constitucional, por lo cual resulta procedente el análisis de la situación por la vía de amparo, pero no porque se controvierta el contenido de los Acuerdos que regulan cada convocatoria, sino la interpretación que de tales actos han hecho las autoridades involucradas cuando los aplican en cada asunto (Al respecto, ver CSJ STP16437 - 2014, CSJ STP17167 - 2014, entre otras).

4. La Procuraduría General de la Nación dio apertura a la Convocatoria 023-2015, para proveer 20 cargos de asesor grado 19 en las localidades de Bogotá, Yarumal, Cartagena, Zipaquirá, Tumaco, San Gil, Bucaramanga, Medellín, Arauca, Florencia, Valledupar, Montería, San José del Guaviare, Santa Marta, Pereira, Cali y Puerto Carreño³.

DIEGO MAURICIO OSPINA LÓPEZ superó las etapas del concurso de méritos y por esa razón fue incluido en el registro de elegibles que la Procuraduría conformó mediante resolución 135 del 25 de abril de 2017, donde ocupó el puesto 24.

Como se le informó que por diversas circunstancias, diez (10) de los integrantes que lo precedían no habían tomado posesión de los cargos, pidió ser designado en alguna de las dos vacantes que obraban en la sede de Manizales. No obstante, la Procuraduría negó su petición, porque las vacantes en esa ciudad no habían sido ofertadas en la Convocatoria 023.

Para la Sala, es válida la postura de la entidad accionada, pues como expuso la Corte Constitucional en sentencia T-483/13, «... la convocatoria se torna norma para el desarrollo del concurso, y que el cumplimiento de ella, a través de todo el proceso, es compromiso de protección del derecho fundamental al debido proceso de los concursantes. Así pues, el

número de vacantes dispuestas para la convocatoria es una regla que debe respetarse».

A su vez, en SU-446/11 el Alto Tribunal expuso lo siguiente:

Es importante señalar, entonces, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados.

¿Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? Nada diverso a que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la [Constitución Política](#) están obligadas a proveer únicamente las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan estrictamente a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación. (Negrillas de la Sala).

En consonancia con los precedentes jurisprudenciales arriba citados, si en la Convocatoria 023-2015 se postularon 20 plazas específicas para las ciudades mencionadas precedentemente, cuando OSPINA LÓPEZ se inscribió al concurso de méritos, aceptó, entre otras, esas condiciones que fueron pactadas desde el inicio del concurso.

Y si la Procuraduría accediera a la petición del libelista, en el sentido de designarlo en una vacante que no fue ofertada, incumpliría las reglas del concurso de méritos que, como se expuso en precedencia, son ley de la convocatoria y garantizan el respeto del debido proceso a quienes se inscribieron, entre ellos el accionante.

Pero además, aunque DIEGO MAURICIO OSPINA LÓPEZ alegue vulnerados sus derechos por su condición de padre cabeza de familia, muestra conformidad con el hecho de que su hija esté al cuidado de su familia extensa, al señalar que podría no ser «conveniente separarla» de ese entorno.

También se destaca, que dentro de las vacantes disponibles en la convocatoria 023-2015 fue ofertada una plaza en la ciudad de Pereira, que se ubica a 1 hora de distancia de Manizales, pero el libelista no presentó ninguna clase de postulación a esa localidad ante la autoridad accionada en orden a que, de algún modo, se garantice la unidad familiar con su hija.

De otra parte, contrario a la exposición del impugnante, no se advierte una situación de perjuicio irremediable que habilite la procedencia del amparo, instituto que exige demostrar la existencia de «... una situación de indefensión o extrema debilidad, derivada de tales actos, que justifique la intervención extraordinaria del juez de tutela»⁴, pues la única razón que motivó que el demandante alegara la ocurrencia del perjuicio fue la imposibilidad de acudir a las acciones contencioso administrativas, más no algún evento que afecte, de forma inminente, sus derechos fundamentales o los de su hija menor de edad, los que, como él mismo advierte, se encuentran garantizados porque su descendiente cuenta en Manizales con el apoyo de su entorno familiar.

Tampoco es posible aplicar al caso el precedente al que se refirió el libelista (CSJ STP1657 – 2018), porque además de que las decisiones en sede de tutela tienen efectos inter partes⁵, la situación fáctica analizada por la Sala de Tutelas n.º 1 es disímil a la que concita la atención de esta Sala, particularmente, porque lo que allí se dispuso fue ordenar a la Procuraduría General de la Nación que nombrara a la demandante «en alguna de las sedes alternas que ella escogió al momento de inscribirse en la convocatoria», pero no en una vacante no ofertada en el concurso de méritos, que es la pretensión por la que OSPINA LÓPEZ formuló la demanda de tutela.

Así las cosas, el accionante debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para exponer allí su reclamo, donde tiene además la posibilidad de solicitar, con la presentación de la demanda, «las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia» (artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo), dado el carácter subsidiario y excepcional de la tutela como medio de protección de los derechos fundamentales y descartándose, del contenido del expediente, alguna lesión de sus garantías o un perjuicio irremediable que imponga la intervención del juez de amparo.

Bajo las consideraciones anteriores, la Sala confirmará el fallo impugnado.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE TUTELAS 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

1 Artículo 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

(...)

2. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría.

2 «En diversas ocasiones, esta Corte ha estimado que el Decreto Reglamentario 1382 de 2000 no puede, por su inferior jerarquía, modificar las normas que determinan la competencia en materia de tutela y establecer nuevas limitantes al normal ejercicio del derecho contemplado en el Artículo 86 constitucional; por tal razón, se ha entendido que las reglas que trae inmersas son simplemente de reparto y no de competencia. De ahí que, se ha creado una prohibición expresa en cabeza del juez constitucional conforme a la cual no puede declararse incompetente para conocer una acción de tutela en concreto, cuando éste fundamente su incompetencia en una discusión sobre la correcta aplicación de dicha normativa».

3 <https://www.concursoempleosdecarreraspagn.org.co/portal/static/023-2015.pdf>

4 CC T-976/10.

5 Al respecto, en sentencia T-198/08 la Corte Constitucional advirtió que: «... sólo... en casos puramente excepcionales, ha admitido la extensión de los efectos de las sentencias de tutela proferidas durante el trámite de revisión a personas que no han instaurado con anterioridad la acción respectiva y, en consecuencia les ha otorgado efectos inter comunis».