

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS Nº 1

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

STP3561-2018

Radicación nº 97154

Acta 78

Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Resolver la impugnación presentada por Julio César Clavijo Sierra, respecto del fallo proferido el 1 de febrero del año en curso por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales, a través del cual tuteló el derecho de petición y declaró improcedente el amparo solicitado para disponer su nombramiento en el cargo de Asesor 1AS-19 de la Procuraduría Regional de Caldas, en la acción de tutela incoada contra la Procuraduría General de la Nación.

1. LA DEMANDA

Los hechos constitutivos de la petición de amparo los resumió el Tribunal en los siguientes

términos:

“A través de Resolución 332 del 12 de agosto de 2015 el Procurador General de la Nación convocó a concurso de méritos para ocupar cargos de carrera; el concurso se distribuyó en diversas convocatorias, entre ellas la distinguida con el N° 030, para proveer un (1) cargo de Asesor 1AS-19 en Bogotá.

El demandante participó en esa convocatoria, superando satisfactoriamente las etapas del concurso, posterior a lo que mediante la Resolución 155 del 3 de mayo de 2017 el Procurador General de la Nación publicó la lista de elegibles de la cual hace parte.

Resolución en la que se consignó que “la provisión del empleo objeto de la convocatoria se hará con la persona que obtuvo el primer puesto y en estricto orden descendente. La sede territorial de ubicación del empleo escogida dentro de la convocatoria seleccionada por el aspirante en la fase de inscripción es solo una referencia a sus preferencias, no obstante, la provisión se realizará entre los distintos despachos y ciudades que integren la respectiva convocatoria, en orden de mérito, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo vigésimo de la Resolución 332 de 2015”.

La vacante ofertada en la convocatoria 030 de 2015 fue provista en la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, cargo en el que la posesión se efectuó el 3 de agosto de 2017. Sin embargo, el 24 de agosto de 2017 la Procuraduría General de la Nación le informó que existían 9 vacantes más para el cargo de Asesor 1AS-19 en el resto del país.

El 20 de diciembre de 2017 envió derecho de petición a la Procuraduría General de la Nación en el que solicitó que se efectúen los nombramientos acorde con la lista de elegibles. Solicitud de la que a la fecha no ha recibido ninguna respuesta.

Considera que la accionada habla de manera indeterminada al decirle que durante los dos (2) años de vigencia de la lista de elegibles se procederá a recomponer la misma, se realizarán nuevos nombramientos en estricto orden de mérito y que las reglas del concurso

se están vulnerando toda vez que no se está utilizando la lista de elegibles vigente para proveer los cargos vacantes por lo que la figura de la provisionalidad o el encargo se está manteniendo, yendo en clara contravía de la sentencia T-147 de 2013.

Manifiesta que como la convocatoria se abrió para un solo cargo en Bogotá D.C., esto conllevó a que ninguno de los aspirantes pudiera elegir alguna sede alterna de su preferencia. No obstante, en la actualidad existe una vacante para el cargo de Asesor 1AS-19 en la Procuraduría Regional de Caldas, con sede en Manizales, la cual, a su juicio, debe ser proveída con la lista de elegibles de dicho concurso de méritos, por lo que solicitó ante la Procuraduría General de la Nación ser nombrado en ese cargo dado que necesita dicho empleo para velar por la unidad familiar y el desarrollo armónico de sus hijos.

Entidad que le respondió que con el ánimo de no afectar el normal desarrollo del concurso de méritos y el agotamiento de las listas de elegibles, no es viable estudiar casos que impliquen la toma de decisiones respecto a los cargos de carrera administrativa y en provisionalidad de la planta de personal de la entidad, pues la lista experimenta una recomposición continua.

De conformidad con lo expuesto considera que sus derechos fundamentales a la igualdad, petición, el debido proceso y el acceso a cargos públicos están siendo vulnerados, por lo que solicitó que se le ordene a la accionada que continúe de manera inmediata con los nombramientos según la lista de elegibles (Resolución 155 del 3 de mayo de 2017) y en tal medida que proceda a su nombramiento en la vacante que existe en la Procuraduría Regional de Caldas.” (Negrillas del Tribunal)

2. EL FALLO IMPUGNADO

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales, luego del estudio al libelo y la respuesta de la entidad accionada estableció que frente a la petición del accionante de fecha 22 de diciembre de 2017, ninguna respuesta se había otorgado, razón por la que

dispuso el amparo del derecho fundamental de petición ordenándole a la Procuraduría General de la Nación proferir respuesta de fondo, clara y congruente en un término máximo de cuarenta y ocho (48) horas, y negó el amparo solicitado para disponer su nombramiento en el cargo Asesor 1AS-19 de la Procuraduría Regional de Caldas. Los argumentos para sustentar su decisión al respecto se resumen como sigue:

La razón fundamental para que la entidad accionada no accediera a disponer su nombramiento en la plaza que reclama, obedece a que la misma no fue incluida dentro de la convocatoria en la cual participó el accionante.

Las reglas de la convocatoria del concurso de méritos para acceder a cargos públicos son de obligatoria observancia para todos los que intervienen en el proceso, incluida la entidad accionada, lo cual impide disponer nombramientos en cargos no incluidos en la multicitada convocatoria, razón por la cual la Procuraduría ningún derecho fundamental vulneró al accionante.

3. LA IMPUGNACIÓN

El accionante impugnó el fallo y para sustentar su inconformidad sostuvo que el a quo recurrió a la sentencia T-483/13 para negar la súplica de ordenar a la accionada su nombramiento en el cargo pretendido, providencia que a su vez cita “aportes de la SU-446/11”, en la cual no sólo se señala que no se pueden ocupar cargos excediendo el número de plazas dispuestas por la convocatoria, sino que igualmente se sostiene en dicha sentencia de unificación que “con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos...”.

Agrega que los artículos 216 y 217 del Decreto Ley 262 de 2000, expresan claramente que “El nominador deberá utilizar las listas en estricto orden descendente, para proveer la vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exijan

los mismos requisitos...”, y “cuando el concurso se haya efectuado para conformar listas de elegibles para empleos no vacantes a la fecha de convocatoria,... el nombramiento deberá producirse dentro de los veinte (20) días siguientes al momento en que se presente la vacante o se cree el empleo”, razón por la cual considera que su pretensión de que se ordene a la entidad accionada que continúe de manera inmediata con los nombramientos según la lista de elegibles, Resolución 155 del 3 de mayo de 2017, es legítima, por cuanto debe ser abordada considerando la integridad de las sentencias SU446/11 y T-147/2013.

4. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido por los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales.

2. Según lo precisa el artículo 86 de la [Constitución Política](#), toda persona tiene la potestad de promover acción de tutela con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. Acorde con lo indicado, la interposición de la tutela se torna viable únicamente en la medida que se demuestre así sea de manera sumaria la real vulneración o amenaza de los derechos de orden superior, evento el cual surge para el juez constitucional la obligación de adoptar las medidas que se consideren necesarias y urgentes para el pronto y cabal restablecimiento, de lo contrario la petición de amparo deviene improcedente.

4. Bajo ese contexto, advierte desde ya la Sala que en el asunto que concita la atención no

obra elemento alguno dentro del expediente que haga ver un compromiso de los derechos fundamentales demandados, por lo tanto no queda alternativa distinta que la confirmación del fallo de primera instancia.

4.1. En efecto, en el caso bajo estudio se tiene que el actor participó en la convocatoria No. 030 de 2015 para la provisión de un (1) cargo de Asesor 1AS-19 en Bogotá, al interior de la Procuraduría General de la Nación. Surtidas cada una de las etapas se produjo la Resolución 155 del 3 de mayo de 2017 que conformó el registro de elegibles, dentro del cual quedó ubicado en el puesto 3.

Según el demandante, acorde con lo dispuesto en el artículo 216 del Decreto 262 de 2000, que prevé el régimen de carrera de la Procuraduría, tiene derecho a ser nombrado puesto que al interior de la entidad con posterioridad al concurso quedaron nueve (9) vacantes en el territorio nacional, incluida una en la ciudad de Manizales, en la cual no han hecho su nombramiento, pese haberlo solicitado.

4.2. Lo anterior no deja entrever cosa distinta a la inconformidad del accionante acerca de los parámetros fijados en la convocatoria 030-215 más exactamente sobre el número de plazas que la entidad demandada ofertó, circunstancia que de entrada torna improcedente la petición de amparo, pues sin duda dicho acto administrativo tiene el carácter de impersonal, general y abstracto y, por consiguiente, ajeno a la órbita del juez constitucional.

Al respecto se tiene que de acuerdo con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que desarrolla el principio constitucional contenido en el inciso 3° del artículo 86 Superior y en su numeral 4 consagra como causal de improcedencia de la acción de tutela "...Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto...", salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el que no se avizora al interior del paginario.

Así lo precisó la Corte Constitucional (CC SU - 037 de 2009):

Desde el punto de vista de su contenido, los actos de la administración se clasifican en generales o individuales. Los actos generales, también llamados actos creadores de situaciones jurídicas generales, objetivas o reglamentarias, son aquellos que tienen un alcance indefinido e impersonal, es decir, que se refieren o dirigen a personas indeterminadas. Por el contrario, los actos de carácter individual o particular, conocidos como actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas o concretas, son los que tienen un alcance definido, en el sentido de que están dirigidos a personas o sujetos identificados o determinados individualmente.

De manera especial, la demanda de nulidad resulta procedente para los fines perseguidos por el quejoso, donde es viable solicitar la suspensión de los efectos de la decisión cuestionada y la adopción de medidas cautelares.

4.3. Debe entender el actor que, tal como lo sostuvo la entidad accionada, cuando se efectúa la inscripción para participar en el concurso con miras a ocupar un determinado cargo, es claro que el aspirante tiene pleno conocimiento de las reglas previstas en las normas que rigen el concurso, lo cual es indicativo que las acepta y se obliga a acatarlas.

Entonces, si dentro de la convocatoria la entidad ofertó solo un (1) cargo de Asesor 1AS-19 correspondiente a la ciudad de Bogotá, y con esa condición el actor se inscribió al concurso, significa que estaba conforme con lo allí dispuesto.

4.4. Ahora, si existe obligación para el aspirante de acatar las reglas dispuestas para el desarrollo del concurso, también se le exige a la entidad dar cumplimiento a lo allí dispuesto, la cual efectivamente acató la normatividad ya que una vez cumplidas las fases se emitió la correspondiente lista de elegibles y con base en ella procedió a efectuar el nombramiento de la persona ubicada en el rango del cargo ofertado.

En este punto es importante tener presente que le asiste a la entidad la obligación convocante de efectuar en estricto orden los nombramientos de los cargos que fueron ofertados con las personas que conforman el respectivo registro. Así lo plasmó la Corte Constitucional (SU-446 de 2011):

La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que a través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta.

Este acto tiene una vocación transitoria toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo. Esta vocación temporal tiene dos objetivos fundamentales. El primero, hace referencia a la obligatoriedad del registro de elegibles, porque durante su vigencia la administración debe hacer uso de él para llenar las vacantes que originaron el llamamiento a concurso. El segundo, que mientras esté vigente ese acto, la entidad correspondiente no podrá realizar concurso para proveer las plazas a las que él se refiere, hasta tanto no se agoten las vacantes que fueron ofertadas, de forma que se satisfagan no solo los derechos subjetivos de quienes hacen parte de este acto administrativo sino principios esenciales de la organización estatal como el mérito para ocupar cargos públicos y los específicos del artículo 209 constitucional.

Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los que están ocupados en provisionalidad debidamente ofertados. En términos generales, debemos decirlo, el Estado

convoca a un concurso público porque tiene plazas vacantes u ocupadas en provisionalidad que deben ser provistas mediante el sistema de concurso público, pues, tal como lo señaló esta Corporación en la sentencia T-455 de 2000 “Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo (pues) carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento. En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo”.

Así, cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en el cargo objeto del concurso, la administración debe nombrar para ocuparla a quien se encuentre en el primer lugar de ese acto y a los que se encuentren en estricto orden descendente, si se ofertó más de una plaza y se presenta la necesidad de su provisión, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y su prestación efectiva, sino el respeto por los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias.

En consecuencia, la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y los principios que rigen la función pública, artículo 209 de la Constitución, específicamente los de igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, en donde la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una vigencia en el tiempo que, por regla general, es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad y en relación con los cargos específicamente convocados y no otros, se puedan proveer de forma inmediata sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad.

4.5. Entonces, si en la actualidad, tal como lo aduce la parte actora, la Procuraduría cuenta con otros cargos de Asesor 1AS-19 en el resto del país que no fueron ofertados dentro de la convocatoria 030-2015, para su provisión necesariamente deberá efectuar otro concurso.

4.6. Debe también indicarse al censor que revisado integralmente el soporte jurisprudencial referido en su alzada, antes que descalificar el razonamiento hecho por la Sala a quo, para resolver en primera instancia la súplica constitucional, el mismo concurre a validar el acierto de dicha decisión, tal y como quedó reflejado en párrafos atrás.

Además, por cuanto no hay impedimento alguno que obstaculice el empleo de proveídos emitidos dentro de acciones constitucionales adelantados contra otras instituciones, (Fiscalía o Comisión del Servicio Civil) si estos sirven de precedente judicial en materia constitucional y desarrollan derechos fundamentales en punto al objeto de debate en el asunto bajo análisis.

4.7. Finalmente, si el actor considera que se ha incumplido lo previsto en el artículo 216 del Decreto 262 de 2000, contrario a su parecer, puede promover la acción de cumplimiento, circunstancia que aunado a lo anterior, impide la intervención del juez de tutela, máxime si no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable.

5. Lo anteriormente expuesto deja sin soporte alguno los argumentos aludidos por el recurrente y por lo tanto conduce a la confirmación del fallo objeto de censura.

* * * * *

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Sala de Decisión en Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero-. CONFIRMAR el fallo impugnado

Segundo-. Notificar esta decisión en la forma prevista por el Decreto 2591 de 1991.

Tercero-. Remitir el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria