

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

STP10067-2019

Radicación n° 105409

Acta 172

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

Resolver la impugnación interpuesta por Carlos Humberto Jerez Ortiz, respecto del fallo proferido el 27 de mayo de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante el cual declaró improcedente el amparo deprecado en la acción de tutela promovida contra la Procuraduría General de la Nación, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso administrativo, trabajo y acceso a cargos públicos.

1. LA DEMANDA

Los hechos expuestos para sustentar la petición de amparo los compendió la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en los siguientes términos:

El señor Carlos Humberto Jerez Ortiz expuso que participó en la convocatoria N°087 de 2015 de la Procuraduría General de la Nación para el cargo de técnico investigador 4TI grado 15, técnico en criminalística 4TC grado 15; mediante la resolución N° 272 del 14 de junio de

2017 fue publicada la lista de elegibles, en la cual ocupó el sexto lugar (f.34); a través de los Decretos 3615 y 3616 del siguiente 24 de julio los dos primeros de dicha lista -Dalma Rocío de León Ortiz y Gabriel Eduardo Guevara Hurtado- se posesionaron en período de prueba (f.36 a 39); por medio del Decreto N° 3484 del 31 de agosto de 2018 [en cumplimiento de orden judicial-refiere el libelo] el concursante que ocupó el tercer puesto de la lista de elegibles -Darío Fernando Vega Sánchez- también fue nombrado; el 18 de enero de 2018 elevó una petición a la Secretaria General de dicha entidad, a fin que le informaran el número de vacantes a nivel nacional en los cargos ofertados por la convocatoria N° 087 de 2015 y el posterior 22 de febrero le contestaron que no había vacantes (f.43 y 44), aun cuando en dicha respuesta se evidenciaba que había (sic) cuatro cargos en provisionalidad.

El siguiente 12 de septiembre le pidió a la Procuraduría General de la Nación que nuevamente le informaran el número de vacantes en los cargos referidos; el posterior 2 de octubre le contestaron que habían nombrado los primeros tres de la lista de elegibles y en el cargo de técnico investigador 4TI grado 15 existía una vacante con una persona nombrada en encargo y otra vacante en período de prueba (f.10), pero ocultó la información respecto del cargo técnico en criminalística 4TC grado 15, por lo cual radicó una queja en la Procuraduría General de la Nación y una funcionaria le certificó la existencia de dos vacantes en dicho cargo, el nombramiento de tres integrantes de la lista y de existir nuevas vacantes se procedería a los respectivos nombramientos, acorde con el orden de la lista (f.49), aunque esas tres vacantes siempre habían existido.

El 18 de diciembre de 2018 le solicitó a dicha entidad informarle el número de vacantes, los nombres de las personas que las ocupaban y las razones por las cuales no siguieron nombrando a los aspirantes de la lista de elegibles; el pasado 15 de enero le contestaron que existían tres vacantes para los cargos referidos, dos de 4TC grado 15 en Medellín y uno 4TI en Villavicencio (f.56 a 58), motivos por los cuales consideró que existía contradicción en las referidas respuestas, ya que la Procuraduría General de la Nación admitió que debía

implementar las listas de elegibles conforme a la ley, pero también le expresaron que “no se le podía nombrar porque solo se ofertaron dos vacantes con la convocatoria”, aun cuando ya había sido nombrado el puesto tres de los elegibles y desde entonces no habían seguido nombrando a los siguientes en la lista, sino que se abstenían de desvincular a las personas nombradas en provisionalidad o encargo, situación contraria al reglamento de la convocatoria y la ley, por lo cual debía ordenarse a la entidad accionada que lo nombrara en período de prueba en alguno de los cargos vacantes.»

2. FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial, luego del estudio al libelo y los informes del ente accionado y las partes vinculadas al presente trámite, negó la tutela reclamada con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Se desconoció el carácter subsidiario, residual y excepcional de la acción impetrada, dado que conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional la tutela no es el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, salvo que se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable, caso en el cual el amparo procede de manera transitoria mientras se surte el respectivo proceso ante dicha especialidad.
2. No se advierte estructurado un perjuicio irremediable «...porque la situación que soporta el accionante no es sorpresiva, ni imprevista, pues se observa que la lista de elegibles se utilizó para proveer tres cargos — y próximamente un cuarto cargo —, a los cuales no ha podido acceder el actor porque hay personas que se ubican en una mejor posición dentro de la convocatoria N° 087 de 2015 y su derecho prevalece. Además, según se aprecia en su respuesta, la Procuraduría General de la Nación ha agotado la lista de elegibles en dos etapas para nombrar a los aspirantes que ocuparon los tres primeros puestos y pese a

existir vacantes en cargos de la misma categoría -actualmente ocupados en provisionalidad o encargo-, entre otros, la señora Doris Milena Moreno Ortiz [pre pensionada, madre cabeza de familia cuya hija depende económicamente de su progenitora, cursa estudios universitarios y sufre de epilepsia..., hechos en su mayoría acreditados con distinta documentación que aquella arrió a la diligencias] previo a designar un nuevo aspirante debe cumplirse otra serie de requisitos y verificar su correlación con los cargos ofertados en la convocatoria, dado el perfil necesario (f.104-vto); entonces, pretender por esta vía obtener un nombramiento desconociendo el puntaje y posición en la lista de elegibles, buscando ser privilegiado por encima de quienes les asiste mejor derecho -tal como acontece con el señor Carlos Andrés Rodríguez Torres, quien pidió en este trámite constitucional que se le diera prevalencia a su mejor derecho-, va en contravía de los fines constitucionales, cuyo propósito es el de respetar los méritos de los aspirantes. (Subrayas de la Corte).

3. Se acude al mecanismo excepcional de protección como mecanismo alternativo para alcanzar las pretensiones que le fueron esquivas en el trámite de una acción de cumplimiento surtida a instancia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuya finalidad era la misma que se postula en el presente trámite tutelar.

3. LA IMPUGNACIÓN

El libelista impugnó la decisión bajo los mismos argumentos expuestos en el libelo, agregando que se desconoce el derecho a la igualdad teniendo en cuenta innumerables fallos proferidos en contra de la Procuraduría, de los cuales aporta copia de uno de ellos, en el cual en un caso similar se concedió la tutela reclamada, razón por la cual solicita que se revoque la decisión y en su lugar se acceda a la protección de sus derechos fundamentales.

4. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido por los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.
2. En el asunto que concita la atención de la Sala el problema jurídico a resolver estriba en determinar si la Procuraduría General de la Nación vulneró los derechos a la igualdad, al debido proceso administrativo, al trabajo y de acceso a cargos públicos del actor, al no haber realizado su nombramiento en uno de los cargos de igual denominación al que optó y pasó dentro de la convocatoria n°. 087 de 2015, que se encuentran siendo ocupados por personas en provisionalidad.

En reciente providencia esta Sala de decisión de tutelas ya efectuó pronunciamiento frente a un caso similar¹, razón por la cual en esta oportunidad se reiterará tal determinación.

3. 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.
4. 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 en 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.
5. 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.

5.1. En efecto, en el caso bajo estudio se tiene que el actor participó en la convocatoria No. 087 de 2015 para la provisión de dos (2) cargos de “Técnico Investigador 4TI grado 15 y Técnico en criminalística 4TC grado 15”, al interior de la Procuraduría General de la Nación. Surtidas cada una de las etapas se produjo la Resolución 272 del 14 de junio de 2017 que conformó el registro de elegibles, dentro del cual quedó ubicado en el puesto 6.

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 dos vacantes en Medellín y una en Villavicencio, en las cuales no han hecho su nombramiento, pese haberlo solicitado.

5.2. Lo anterior no deja entrever cosa distinta a la inconformidad del accionante acerca de los parámetros fijados en la convocatoria 087-215 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 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, 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.

5.3. Debe entender 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 dos (2) cargos de “Técnico Investigador 4TI grado 15 y Técnico en criminalística 4TC grado 15”, y con esa condición aquél se inscribió al concurso, significa que estaba conforme con lo allí dispuesto.

5.4. 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 las personas ubicadas en el rango de los cargos ofertados.

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. (Énfasis de la Corte).

5.5. Entonces, si en la actualidad, tal como lo aduce la parte actora, la Procuraduría cuenta

con otros cargos de “Técnico Investigador 4TI grado 15 y Técnico en criminalística 4TC grado 15” en las ciudades señaladas que no fueron ofertados dentro de la convocatoria 087-2015, para su provisión necesariamente deberá efectuar otro concurso.

6. La Corte comparte el criterio del Tribunal al señalar que además se advierte que la parte actora acude a la acción de tutela como mecanismo alternativo en procura de alcanzar las pretensiones que le fueron esquivas en el trámite de la acción de cumplimiento surtida ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en la cual demandaba que “Se ordene de manera inmediata a la Procuraduría General de la Nación, nombrar en periodo de prueba, en estricto orden de mérito, los aspirantes que superamos el concurso de méritos en el orden Cuarto, Quinto y Sexto puesto de la referida lista, en las 03 vacantes que existan para el cargo Técnico Investigador 4TI- grado 15, Técnico en Criminalística 4TC grado 15, a nivel nacional en las sedes de Medellín, Cali y Villavicencio”²

7. No escapa a esta colegiatura la censura que se postula en torno al aparente desconocimiento del derecho a la igualdad, reproche que se hace constar con la copia de un fallo de tutela proferido por la Sala Especializada en restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, sin embargo, una vez escrutada dicha providencia se advierte que la situación fáctica analizada en el presente caso dista de ser semejante respecto de la cual se ocupó entonces esa corporación, ello por cuanto si bien el asunto versa sobre una convocatoria dentro de la misma entidad accionada, igualmente lo es, que el accionante en esa oportunidad deprecaba su nombramiento en una vacante que sí fue ofertada en la convocatoria a la cual él se inscribió.

8. 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 mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de

Decisión en Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo recurrido.

Segundo.- NOTIFICAR de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- REMITIR el diligenciamiento a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 STP8109-2018 Rd.98753 M.P. Eyder Patiño Cabrera

2 Folio 154 Vto Cdno Tribunal.

