

Myriam Ávila Roldán

Magistrada ponente

CUI: 50001223000020230005101

Radicación n.º 132761

STP9600-2023

(Aprobado acta n°172)

Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve la impugnación formulada por Diana Marcela Severo Walteros contra la sentencia de tutela de primera instancia proferida el 9 de agosto de 2023 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio que declaró improcedente su solicitud de amparo contra la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En síntesis, la impugnante pretende que el juez de tutela ordene a las accionadas que regulen los requisitos para nombramientos en encargo, en provisionalidad en la Procuraduría General de la Nación, que adelantaran las gestiones para adelantar el concurso de méritos y que en este se incluya, al menos, el “30% de los cargos ofertados por medio del concurso de ascenso”.

II. HECHOS

1.- Fueron relatados así por el a quo:

Según la información plasmada en el escrito gestor, se extrae que la demandante ingresó mediante concurso de méritos desde el primero (1º) de junio de dos mil seis (2006) a la Procuraduría General de la Nación, y ostenta actualmente el cargo de sustanciadora grado 11 en la Procuraduría 277 Judicial I Penal de Villavicencio.

Adujo que, elevó solicitud ante esa entidad y conforme a la respuesta obtenida², evidente resulta que a partir del año dos mil veintidós (2022) a la actual calenda, esa institución ha efectuado de manera indiscriminada doscientos ochenta y ocho (288) nombramientos en provisionalidad, de los cuales tan solo cinco (5) han sido encargos con servidores de carrera.

Señaló que en varias oportunidades ha solicitado un nombramiento por encargo, pero no ha obtenido respuesta donde se le indique si su hoja de vida fue rechazada o que no cumple con los requisitos para ser elegida en un cargo profesional; sin embargo, éstos si fueron provistos con personal ajeno a la entidad, sin contar que dichos cargos de vacancia definitiva no son socializados lo que limita a su vez la posibilidad de postulación.

Adujo que, a pesar de contar con las exigencias para ascender a un cargo de nivel profesional no lo ha obtenido considerando que la institución tampoco ha desplegado gestiones suficientes para convocar a concurso de méritos en el que se incluya la oportunidad de ascenso.

Precisó que las vacantes definitivas que no se han ofertado para carrera administrativa desde el año dos mil quince (2015) equivalen a dos mil quinientos treinta y nueve (2.539), y han transcurrido cerca de ocho (8) años esperando que se garantice el derecho a la promoción institucional.

Consideró que, al efectuarse los nombramientos en provisionalidad de manera desproporcionada y abusiva, no convocar a concurso de méritos, demeritar la figura del encargo y no expedir disposición que contemple las convocatorias mixtas, la accionada

lesiona sus garantías fundamentales sobre las cuales deprecó su amparo.

Solicitó ordenar a la demandada cumplir a cabalidad los pronunciamientos de las Altas Cortes en donde se ha determinado la importancia de garantizar el ascenso a los servidores públicos, disponiendo: (i) expedir las resoluciones que regulen los nombramientos en encargo, en provisionalidad y viabilicen los concursos mixtos, así mismo, (ii) adelantar las gestiones para trasladar las partidas presupuestales necesarias y convocar a concurso de méritos 3 donde se incluya al menos el 30% de los cargos ofertados por medio del concurso de ascenso, en un plazo de seis (6) meses.

III. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

2.- El 9 de agosto 2023 la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio declaró improcedente la solicitud de amparo por incumplimiento del principio de subsidiariedad.

2.1.- Refirió que la actora acudió al amparo con el objeto de que: i) se expidan las resoluciones que regulen los nombramientos en encargo, provisionalidad y viabilicen los concursos mixtos al interior de la entidad demandada; y, ii) se adelanten las gestiones para trasladar las partidas presupuestales necesarias y convocar a concurso de méritos donde se incluya al menos el 30% de los cargos ofertados por medio del concurso de ascenso.

2.2.- Sin embargo, la demandante no demostró haber acudido de forma previa a la interposición del amparo, ante las accionadas a poner de presente sus solicitudes e inconformidades.

2.3.- Si bien la parte interesada solicitó a la demandada información relacionada con el proceso de convocatoria del concurso de méritos, no pidió que adelanten las gestiones para trasladar las partidas presupuestales necesarias con miras a convocar el concurso de méritos de ingreso y ascenso, y, mucho menos para lograr la expedición de resoluciones que regulen los nombramientos en encargo y provisionalidad al interior de la Procuraduría

General de la Nación.

3.- Contra la anterior decisión Diana Marcela Severo Walteros interpuso impugnación y reiteró los argumentos consignados en el escrito tutelar.

IV. CONSIDERACIONES

a. Competencia

4.- La Sala es competente para conocer de la impugnación propuesta, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Nacional, el canon 32 del Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 333 de 2021, toda vez que la decisión de primera instancia fue emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, del cual es superior funcional.

b. Problema jurídico

5.- De acuerdo con los hechos del caso, a la Sala le corresponde determinar si los accionados incurrieron en alguna irregularidad que amerite la intervención del juez constitucional y con fundamento en ello, ordenarles que regulen los requisitos para nombramientos en encargo, en provisionalidad, que adelanten las gestiones para adelantar el concurso de méritos y que en este se incluya, al menos, el 30% de los cargos ofertados por medio del concurso de ascenso.

6.- Para abordar el estudio el problema descrito la Sala hará un breve recuento del principio de subsidiariedad y analizará la eventual vulneración de garantías fundamentales.

c. Sobre el principio de subsidiariedad de la acción de tutela.

7.- El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que el amparo tiene por objeto proteger de manera efectiva e inmediata los derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades y/o de los particulares,

en los casos que la ley regula, siempre que el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial.

8.- De la naturaleza de la acción se infiere que cuando el ordenamiento jurídico establece otro mecanismo judicial efectivo de protección, el actor debe acreditar que acudió en forma oportuna a aquél para ventilar ante el juez ordinario la posible violación de sus derechos constitucionales fundamentales.

9.- En ese sentido, el legislador estableció en nuestro ordenamiento jurídico distintos mecanismos ordinarios de defensa judicial, que las personas tienen la facultad de utilizar, para (i) solicitar la protección de los derechos de rango legal y, (ii) para solucionar asuntos de orden legal. Por ello, la competencia exclusiva para resolver conflictos en los que estén comprometidos derechos de naturaleza legal, fue asignada en el ordenamiento jurídico a la justicia civil, laboral o contenciosa administrativa según el caso, siendo entonces dichas autoridades las llamadas a garantizar el ejercicio de tales derechos.

10. Por lo tanto, se constituye en presupuesto de procedibilidad el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial. En consecuencia, al existir un escenario natural de discusión, la tutela demandada se torna improcedente, en los términos previstos por el numeral 1° del artículo 6°, del Decreto 2591 de 1991.

11.- Con base en la anterior disposición la jurisprudencia de las diferentes corporaciones ha sido unánime en reivindicar la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela. De hecho, la misma Corte Constitucional ha indicado que existen eventos en los que habiendo medios más expeditos como la presentación de una petición directamente ante la autoridad correspondiente generan la improcedencia de la acción (CC T-224 de 2018).

12.- En conclusión, la acción de tutela no está diseñada en nuestro ordenamiento jurídico para reproducir y perpetuar una cultura litigiosa según la cual, cualquier controversia entre los particulares y la administración, o entre los particulares entre sí en los casos definidos

por la ley, debe ser resuelta en los estrados judiciales. Tampoco para «ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos impuestos (dentro) de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten» (Cfr. CC T-502 de 2015, T-076 de 2011 y T-424 de 2010 entre otras).

d. Caso concreto

13.- En este evento, Diana Marcela Severo Walteros acudió al amparo para solicitar que se le ordena a la accionada que: i) expida las resoluciones que regulen los requisitos para nombramientos en encargo y en provisionalidad; ii) adelante las gestiones para efectuar el concurso de méritos, incluidas las partidas presupuestales, y; iii) que los “concursos sean mixtos para que se incluyan los concursos de ascenso, que recojan las peticiones de los servidores públicos de la entidad”.

15.- Pese a que hay prueba de que la demandante solicitó a la Procuraduría General de la Nación a requerir: (i) el número de nombramientos efectuados con personal ajeno a la entidad desde el 2022; (ii) el total de solicitudes de encargo o nombramiento en provisionalidad presentadas por funcionarios de la entidad en esa anualidad; (iii) la ubicación y grado de cargos que se encuentran a la fecha en vacancia definitiva; (iv) el protocolo y criterios para la elección de nombramientos en provisionalidad durante el referido año, (v) las acciones administrativas y presupuestales adelantadas para convocar al concurso de méritos, entre otros. En concreto no presentó las postulaciones que efectúa en esta ocasión.

16.- Adicionalmente, dadas las dimensiones de la controversia propuesta, esta Sala considera que antes de un pronunciamiento judicial de fondo, las entidades accionadas como autoridades públicas deben contar con la oportunidad de responder directamente el

requerimiento de la actora y, evaluar la posibilidad de atender de forma motivada - favorable o desfavorablemente- la petición de la accionante (CSJ, STP4148-2022, 31 mar. 2023, Rad. 122779). Optar por un camino contrario, conllevaría al desconocimiento del carácter subsidiario de la acción de tutela [CC C-766 de 2010; C-817 de 2011; C-948 de 2014; C-960 de 2014, C-224 de 2016 y C-570 de 2016].

17.- En ese orden, tal y como lo refirió el a quo, correspondía a la demandante, como primera medida, acudir ante los demandados y exponer los argumentos de carácter legal y constitucional que aquí expone, para que aquellos resuelvan sus pretensiones. Como no lo hizo, se encuentra incumplido el principio de subsidiariedad. Adicionalmente, la interesada no expuso la existencia de un perjuicio irremediable, ni la sala lo advirtió configurado.

e. Conclusión

18.- La Sala confirmará el fallo de primer grado al advertir que la actora no acudió de forma previa, a los accionados para solicitar que expidan las resoluciones que regulen los nombramientos en encargo y provisionalidad al interior de la Procuraduría General de la Nación. Es decir, se incumplió con el presupuesto de la subsidiariedad. Adicionalmente, se descartó la existencia de un perjuicio irremediable.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas n.o 3 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

Primero. Confirmar la sentencia impugnada.

Segundo. Disponer el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de los fallos proferidos.

Notifíquese y cúmplase

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria