

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA PENAL**

10/20a
300
23 JUL 2018

Magistrado Ponente	GERSON CHAVERRA CASTRO
Radicación	110012215000 2018 01144 00
Accionante	Oscar Iván Hernández Salazar
Accionado	Procuraduría General de la Nación y otros
Derechos	Debido proceso administrativo, acceso a cargos públicos y trabajo
Decisión	Concede amparo
Aprobado Acta N°	061
Fecha	Bogotá D.C., junio veintinueve (29) de dos mil dieciocho (2018)

I. ASUNTO A RESOLVER

Conoce la Sala de la acción de tutela interpuesta por OSCAR IVÁN HERNÁNDEZ SALAZAR, contra la Procuraduría General de la Nación, por la presunta violación de sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso administrativo, acceso a cargos públicos y trabajo.

Trámite en el cual se vinculó como terceros con interés a las personas que en la actualidad ejercen en provisionalidad el cargo de procurador Judicial II en la Procuraduría General de la Nación respecto a la Convocatoria 004-2015, al igual que a aquellos que conforman el registro de elegibles para dichos cargos.



II. SITUACIÓN FÁCTICA

Manifiesta OSCAR IVÁN HERNÁNDEZ SALAZAR que dentro de la planta global de empleos de la Procuraduría General de la Nación existen 208 cargos de Procurador Judicial II Penal, clasificados inicialmente como de libre nombramiento y remoción, hasta el momento que la Corte Constitucional a través de sentencia C-101 de 2013 determinó que los mismos correspondían a empleos de carrera administrativa, ordenando, en consecuencia, al máximo responsable de la aludida entidad que adelantara un concurso público de méritos para proveerlos; actuación que se desarrolló con la expedición de la Resolución 040 de 20 de enero de 2015.

Refiere que luego de surtirse el proceso de la convocatoria en cita, el 11 de julio de 2016 se profirió la Resolución N° 357, contentiva de la lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial II Penal, en la que ocupó el puesto 220, produciéndose los nombramientos de los 208 cargos ofertados en el mes de septiembre de esa última anualidad, dentro de los cuales 8 concursantes no aceptaron su designación.

Expresa que durante la vigencia de la lista de elegibles se produjeron un total de 14 vacantes que debían coparse con los integrantes de la lista de elegibles desde el puesto 209 al 222 inclusive, sin embargo, aduce, la Procuraduría General de la Nación se abstuvo de agotar la lista de elegibles, hasta que fue obligada por un fallo de tutela proferido por esta Corporación en el marco del proceso de la radicación 110012204000 2016 02864 00, con el que se le obligó a realizar todos los nombramientos de la Convocatoria 004-2015 en el orden de

mérito establecido en la precitada lista, actuación que adelantó hasta el puesto 216, quedando en consecuencia seis cargos en provisionalidad.

Indica que la Procuraduría General de la Nación ha omitido sistemáticamente su deber de nombrar en los cargos vacantes a los integrantes de la lista de elegibles, con fundamento en auto del Consejo de Estado que suspendió cautelarmente la evaluación del desempeño laboral de quienes se encontraban en período de prueba, al igual que por el cumplimiento de fallos de tutela que protegieron a antiguos funcionarios que alegaron situaciones especiales, como madres cabeza de familia o prepensionados, cuestionándole enseguida haber dejado en la lista de elegibles a quienes no aceptaron su nombramiento dentro del término legal para hacerlo.

Agrega que, existiendo por lo menos seis vacantes con nombramientos en provisionalidad respecto al empleo de Procurador Judicial II Penal y ocupar el cuarto lugar en elegibilidad, le asiste el legítimo derecho para ser designado en propiedad, máxime que la lista de elegibles tiene vigencia de dos años y vence el próximo 10 de julio.

Por último, enseña que el 30 de enero del cursante año presentó derecho de petición ante el Procurador General de la Nación, solicitándole verificar la vigencia de los fallos que favorecían a los servidores nombrados en provisionalidad y ante su decaimiento, proceder a realizar los nombramientos correspondientes en orden de mérito, el cual reiteró el 15 de mayo, sin que a la fecha hubiese obtenido respuesta a sus requerimientos.

24

En consecuencia, OSCAR IVÁN HERNÁNDEZ SALAZAR demanda en amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, acceso a cargos públicos y trabajo, se ordene al Procurador General de la Nación que lo nombre en alguna de las seis vacantes existentes para el cargo de Procurador Judicial II Penal, ocupadas en la actualidad por funcionarios en provisionalidad.

En subsidio de lo anterior, depreca se ordene al Procurador General de la Nación que expida un acto administrativo en el que restablezca el término de vigencia de la lista de elegibles por un lapso igual al que estuvo suspendido de facto, dada la interpretación irregular de la medida cautelar decretada por el Consejo de Estado dentro del proceso de la radicación 110010325000 2015 00366 00, esto es, entre el 15 de marzo de 2017 al 15 de febrero de 2018.

III. RESPUESTA A LA DEMANDA DE TUTELA

Al trámite fueron vinculados el Procurador General de la Nación, al igual que, como terceros con interés, de un lado, las personas que en la actualidad ejercen en provisionalidad el cargo de Procurador Judicial II Penal en esa entidad, y de otro, aquellos que conforman el registro de elegibles para ese empleo, sin obtenerse el informe exigido por la entidad accionada y los terceros vinculados, no obstante a que desde el auto admisorio de la demanda se ordenó la notificación a estos últimos por intermedio de la Procuraduría General de la Nación¹.

¹ Folio 266 de la actuación. Providencia aclarada con auto de 27 de junio de 2018, en el sentido de indicar que la fecha correcta del auto admisorio de la demanda tutelar corresponde al día 18 del citado mes y año, calenda que coincide con su reparto y recepción en el Despacho del Magistrado sustanciador (fl. 272).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela fue consagrada en el artículo 86 de la Carta de 1991 para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuandoquiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de un particular en los casos expresamente señalados por el legislador.

Deviene entonces de la preceptiva constitucional que el primer presupuesto fáctico y jurídico indispensable para proceder al amparo, es precisamente que estemos frente a una violación o amenaza de los derechos fundamentales del accionante, salvo que este cuente con otro mecanismo idóneo y eficaz de defensa judicial, evento en el cual se preferirá aquél a la acción de tutela.

En el asunto sometido a estudio, advierte la Sala que OSCAR IVÁN HERNÁNDEZ SALAZAR considera quebrantados sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso administrativo, acceso a cargos públicos y trabajo, por cuanto afirma que, no obstante que fue integrado a la lista de elegibles de la Convocatoria 004-2015 para el empleo de Procurador Judicial II Penal, el Procurador General de la Nación no lo ha nombrado en alguna de las seis vacantes que restan por proveer en propiedad dentro de la aludida convocatoria, las que ostentan actualmente funcionarios en provisionalidad, bajo la condición de ser madres cabeza de familia y/o prepensionados.

Ante este planteamiento, recuerda la Sala que cuando se alegan violaciones a derechos fundamentales en trámites asociados con

(b)

concurso de méritos para acceso a la carrera administrativa, la Corte Constitucional² ha indicado que en determinados eventos surge procedente la acción de tutela:

“En lo que hace referencia a los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos la Corte ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela, a pesar de la presencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por cuanto esta última no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y de acceso a los cargos públicos”³.

Y ello es así, en la medida que las fallas u omisiones presentadas al interior de los concursos, de ser demandadas por la vía contenciosa administrativa, dada la brevedad del proceso de méritos, no generaría el restablecimiento inmediato de los derechos conculcados, tornando inane el mecanismo judicial ordinario, tal como lo advirtió el máximo Tribunal Constitucional al señalar:

En este caso, tal como se puso de presente por el Consejo de Estado en el fallo de segunda instancia, se tiene que, si bien para controvertir la actuación que se impugna por la vía de la acción de tutela, el accionante podría acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no es menos cierto que la brevedad de la vigencia de los concursos de méritos y la inmediatez en el uso de sus resultados, hacen que esa vía no resulte adecuada para la protección de los derechos constitucionales que se estiman violados, en especial si se tiene en cuenta que, en este caso, una eventual suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que se considera lesivo del ordenamiento superior – la resolución mediante la cual se asignan los puntajes del accionante en el concurso de méritos- no tendría como consecuencia el restablecimiento inmediato de los derechos del accionante y, por el contrario, podría dejarlo en una situación de

² Corte Constitucional, sentencia T-294 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³ Corte Constitucional, sentencia T-514 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

λ

indefinición que lo perjudicaría en el trámite de las etapas subsiguientes del concurso⁴.

En tal orden, aun cuando las pretensiones postuladas por el actor eventualmente pueden ser susceptibles de ser invocadas ante la jurisdicción contencioso administrativa, no se puede desconocer que es factible que la decisión que se llegue a adoptar en la referida instancia judicial puede aparecer tardía, ante el inminente fenecimiento de la lista de elegibles que cuenta con vigencia de dos años contados a partir de su publicación (11 de julio de 2016), de acuerdo a las previsiones del artículo 216 del Decreto 262 de 2000⁵, por lo que surge procedente, determinar por vía de la acción de tutela, si la omisión endilgada al Procurador General de la Nación, desconoce mandatos de raigambre constitucional como los principios de confianza legítima y buena fe, que a la postre, podrían desencadenar en la afectación de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, acceso a cargos públicos y trabajo denunciados por HERNÁNDEZ SALAZAR, de acuerdo a lo expresado por el máximo órgano de la justicia constitucional colombiana en las providencias relacionadas con anterioridad.

En tal proyección, inicialmente debe destacarse que el artículo 125 de la Constitución Política determina que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, a excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley,

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-470 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵ La lista de elegibles se elaborará en riguroso orden de mérito. Tendrá vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su publicación y deberá estar contenida en resolución proferida por el Procurador General.

(A)

precisándose que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso se efectúa previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

De igual forma, el artículo 7° del Decreto Ley 262 de 2000 dispone que los preceptos contenidos en esa legislación son los aplicables a los cargos de carrera administrativa con los que cuenta la Procuraduría General de la Nación, por lo que es al Procurador General de la Nación a quien le compete, entre otras funciones, «Definir las políticas para la elaboración y aplicación de las pruebas que se utilizarán en los concursos y determinar los parámetros para su calificación» y «Definir las condiciones de las convocatorias para los concursos de méritos y suscribirlas» (Lit. a y d, núm. 45, art. 7°), al tiempo que a la Oficina de Selección y Carrera de esa entidad le corresponde ejecutar y coordinar los procesos de selección para proveer los empleos de carrera administrativa (núm. 2°, art. 12).

Así, se tiene entonces que en cumplimiento de la disposición reseñada y en acatamiento de lo ordenado por la Corte Constitucional en sentencia C-101 de 2013⁶, el Procurador General de la Nación expidió la Resolución N° 040 de 20 de enero de 2015⁷, mediante la cual dio apertura al concurso abierto de méritos para proveer todos los empleos de Procuradores Judiciales I y II, asignando a los primeros las Convocatorias 008-2015 a la 014-2015; al tiempo que a los

⁶ Por medio de la cual el máximo órgano de la justicia constitucional colombiana ordenó a la Procuraduría General de la Nación que, en un término máximo de seis meses, contados a partir de la notificación de ese fallo, convocar a un concurso público de méritos para la provisión en propiedad de los cargos de Procuradores Judiciales, sin que sobrepase el término de un año desde ese último momento para su conclusión.

⁷ Folio 46-62 de la actuación.

(9)

segundos les correspondieron las Convocatorias 001-2015 (Procuraduría Delegada para la Restitución de Tierras), 002-2015 (Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios), 003-2015 (Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles), 004-2015 (Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales), 005-2015 (Procuraduría Delegada para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social), 006-2015 (Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa) y 007-2015 (Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia).

Conforme a la dinámica del referido proceso de méritos, entiende la Sala que el tutelante OSCAR IVÁN HERNÁNDEZ SALAZAR aprobó la prueba de conocimientos y superó cada una de las etapas del concurso de méritos al que decidió postularse, en tanto que, fue ubicado en el puesto 220 de la Lista de Elegibles para la Convocatoria 004-2015 (Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales). Sin embargo, se advierte que, en un principio no se dio su designación en propiedad para el referido empleo, dado que esa convocatoria solo contaba con 208 vacantes⁸ y se hicieron nombramientos hasta el aspirante que ocupó el lugar número 216, de acuerdo a lo visto en la actuación, concretamente en la comunicación de 12 de febrero de 2018, proferida por el Secretario General de la entidad accionada, en el marco de un

⁸ De acuerdo a lo visto en el artículo 1° de la Resolución N° 357 de 11 de julio de 2016, a través de la cual se estableció en estricto orden de mérito la lista de elegibles dentro de la Convocatoria N° 004-2015. Acto administrativo en el que si bien es cierto se hizo alusión a que la dependencia del empleo correspondía a la «Procuraduría Delegada para la Restitución de Tierras», lo cierto es que la misma concierne a la Convocatoria N° 004-2015, esto es, el cargo de Procurador Judicial II Penal.

(P)

derecho de petición postulado por uno de los candidatos a obtener dicho cargo⁹.

Comunicación precedente en la que se indicó además que, las Procuradurías Judiciales II Penales de Valledupar (N°42¹⁰), Bogotá (N° 26¹¹, 33¹² y 55¹³), Montería (N° 135¹⁴) y Medellín (N° 128¹⁵) se encontraban bajo la dirección de funcionarios en provisionalidad que ostentaban situaciones especiales de protección constitucional, como maternidad o reintegros ordenados a través de sentencias de tutela por condición de prepensionados y madre cabeza de familia, respecto de los cuales la parte actora se encargó de aportar algunos de esos fallos como elementos materiales de prueba.

Así, observa la Sala que con proveído de 3 de noviembre de 2016¹⁶, la Sección Segunda del Consejo de Estado determinó confirmar parcialmente la sentencia adoptada el 9 de septiembre de esa última anualidad, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, respecto al Dr. Elías Hoyos Salazar, en el sentido de: «...*Para tal efecto se ordenará a la Procuraduría General de la Nación que, en el término máximo de quince días contados a partir de la notificación de esta providencia, reintegre al accionante a un cargo de los niveles de Procurador Judicial II, Asesor,*

⁹ Folio 150-151 de la actuación.

¹⁰ Ocupada en provisionalidad por el Dr. Hennys Samuel Márquez González.

¹¹ Ocupada en provisionalidad por el Dr. Elías Hoyos Salazar.

¹² Ocupada en provisionalidad por la Dra. Magda Patricia Romero Otálvaro.

¹³ Ocupada en provisionalidad por la Dra. Alicia Barco Cárdenas.

¹⁴ Ocupada en provisionalidad por la Dra. Julieta Margarita Franco Daza.

¹⁵ Ocupada en provisionalidad por la Dra Aris Concepción Arriaga Andrade.

¹⁶ Folio 186 y siguientes de la actuación.

(1)

directivo o profesional de la planta administrativa de la entidad, con un salario equivalente o similar al que devengaba, atendiendo a su condición de abogado, su especialidad y, la labor que realizaba. Dicho reintegro será hasta tanto Colpensiones reconozca la pensión de jubilación del accionante y le incluya en nómina de pensionados. La orden de protección permanecerá vigente siempre y cuando el señor Hoyos Salazar cumpla los requisitos para el reconocimiento de la pensión antes de que se termine la vigencia de la lista de elegibles para el cargo al que se reintegre. Igualmente, esta orden de protección cesará si el accionante no presenta ante Colpensiones su solicitud de reconocimiento pensional al siguiente día hábil, del cumplimiento de las 1300 semanas exigidas en la ley. La Procuraduría General de la Nación acompañará al accionante en la gestión de su pensión».

De igual modo, con fallo de tutela de segunda instancia adiado 24 de febrero de 2017¹⁷, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolvió revocar el fallo adoptado el 18 de noviembre de 2016 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de Bogotá, para, en su lugar, ordenar a la Procuraduría General de la Nación que procediera a reintegrar a la Dra. Magda Patricia Romero Otálvaro a un cargo igual o equivalente al que desempeñaba (Procuradora Judicial II Penal), dada su calidad de madre cabeza de familia, “sin perjuicio de los derechos de carrera que le asisten al señor Fabricio Pinzón Barreto”.

Asimismo, con proveído de 4 de mayo de 2017¹⁸, la Sección Segunda del Consejo de Estado determinó confirmar parcialmente la sentencia de 21 de diciembre de 2016 adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el sentido que la Procuraduría General de la Nación debía reintegrar a la

¹⁷ Folio 229 y siguientes de la actuación.

¹⁸ Folio 152 y siguientes de la actuación.

12

actora Alicia Barco Cárdenas a un cargo del nivel asesor, directivo o profesional de la planta administrativa de la entidad, atendiendo su condición de abogada, especialidad y labores que ejercía, hasta tanto Colpensiones le reconozca la pensión de jubilación y la incluya en nómina de pensionados; enseñando luego que: *«Ahora, si la accionante ya acreditó las 89 semanas faltantes, deberá solicitar de manera inmediata el reconocimiento pensional. Para esto se le otorga un término de quince (15 días) so pena de que cese el amparo que se concede a través de esta acción. En caso contrario, la orden de protección permanecerá vigente siempre y cuando la señora Barco Cárdenas cumpla los requisitos para el reconocimiento de la pensión antes de que se termine la vigencia de la lista de elegibles para el cargo al que se reintegre, en caso de que se haya realizado concurso de méritos, para su provisión. Lo anterior con el fin de proteger tanto los derechos del accionante como de las personas que llegaren a aprobar un concurso de méritos y conformar la lista de elegibles».*

Igualmente, con sentencia de segunda instancia de 19 de octubre de 2017¹⁹, la Sección Cuarta del Consejo de Estado resolvió modificar el ordinal 2° de la parte resolutive de la decisión emitida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, en el sentido de *«Ordenar al Procurador General de la Nación que garantice el derecho a la estabilidad del señor Hennys Samuel Márquez González, en su condición de prepensionado, hasta tanto cumpla los requisitos legales para acceder a la pensión de jubilación en los términos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003»...* *«Adiciónese la sentencia en el siguiente sentido: instase al actor para que, con la suficiente antelación a la fecha en que cumplirá los requisitos para tener derecho a reclamar su pensión de jubilación, inicie los trámites ante el respectivo fondo de pensiones, a fin de que se le garantice el reconocimiento y pago de su prestación pensional, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia».*

¹⁹ Folio 119 y siguientes de la actuación.

(13)

Y por último, menester es indicar que, en la comunicación de fecha 12 de febrero de 2018, emitida por el Secretario General de la entidad accionada se le indica a uno de los integrantes del registro de elegibles que *«...respecto de la vinculación de la Dra. Aris Concepción Arriaga Andrade le informo que la misma está fundamentada en la protección de la maternidad establecida en el Decreto Ley 262 de 2000, art. 189 y de la Ley 1822 de 2017, según el cual la madre lactante no podrá ser despedida dentro de los tres (3) meses siguientes al parto»*.

Las decisiones judiciales denotadas y las circunstancias particulares de los asuntos referidos, dejan en evidencia que el amparo constitucional otorgado a los doctores Elías Hoyos Salazar, Alicia Barco Cárdenas y Hennys Samuel Márquez González, se extendía hasta tanto estas personas colmaran los requisitos para obtener la pensión de vejez, mandato que, emitido bajo tales condiciones, le impone a la Procuraduría General de la Nación, en garantía de los derechos de carrera de las personas que integran el registro de elegibles vigente de la Convocatoria 004-2015, realizar un estricto seguimiento y revisión de todos los casos reseñados en líneas precedentes, para que, una vez advertido de que se cumplió la condición o desapareció el evento que propició la protección constitucional, proceder a realizar los nombramientos en propiedad en estricto orden de puntajes.

Deber que ha sido desatendido por la Procuraduría General de la Nación, al punto que, el tutelante manifestó en su demanda que el 30 de enero del cursante año, presentó derecho de petición ante el ente accionado, solicitándole verificar la vigencia de los fallos que favorecían a los servidores nombrados en provisionalidad y ante su decaimiento, proceder a realizar los

if

nombramientos correspondientes en orden de mérito; solicitud que aduce, reiteró el 15 de mayo siguiente, sin que a la fecha hubiese obtenido respuesta a sus requerimientos.

En punto de lo anterior, imposible pasar por alto que en la sentencia SU - 003 de 8 de febrero de 2018²⁰ recordó el máximo órgano de la justicia constitucional colombiana que, para entender la estabilidad laboral reforzada en calidad de prepensionado de los empleados afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no asiste tal derecho a quienes solo les resta el requisito de edad, en la medida que la consolidación del derecho pensional no se encuentra sujeto a la realización de nuevas cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, señalando luego que:

En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.

Requisito de semanas de cotización que para el caso de marras, evidencia la Sala, tienen colmados algunos de los Procuradores Judiciales II Penal que ostentan dicho empleo en provisionalidad, esto es, los doctores Hennys Samuel Márquez González (1546 semanas y 62 años de edad), Alicia Barco Cárdenas (1411 semanas y 59 años de edad) y Elías Salazar

²⁰ Corte Constitucional. M.P. Carlos Bernal Pulido.

(6)

Hoyos (1300 semanas y 63 años de edad)²¹, frente a los cuales se impone recordar que los fallos de tutela que les concedieron el amparo constitucional a la estabilidad laboral reforzada fueron enfáticos en señalar que dicho derecho no podía afectar las prerrogativas fundamentales de las personas que debían ser nombradas por cuestiones de mérito, mecanismo preferente y general para acceder a los cargos del Estado, de acuerdo a las previsiones del artículo 125 de la Constitución Política de 1991.

Además, con relación a la Dra. Aris Concepción Arriaga Andrade, la estabilidad laboral reforzada otorgada por razón de su embarazo no es perpetua o ilimitada en el tiempo y, por ende, no puede convertirse en una patente perenne que impida la materialización de los derechos de carrera de los aspirantes que en franca lid, superaron las pruebas del concurso méritos convocada por la Procuraduría General de la Nación, para ocupar el cargo de Procurador Judicial II Penal.

En otras palabras, no encuentra la Sala justificación alguna para que el Procurador General de la Nación al momento actual y *ad portas* de fenecer la Lista de Elegibles de la Convocatoria 004-2015, no haya adelantado actuación alguna tendiente a verificar, se itera, la vigencia de las situaciones particulares que generaron la permanencia en provisionalidad de aquellos funcionarios que tenían calidad de madre cabeza de familia, prepensionados o amparo por fuero de maternidad, para que, al constatarse el decaimiento de las mismas, proceder a realizar los nombramientos en propiedad de todas las vacantes que se

²¹De acuerdo a lo enseñado por el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación en comunicación de 30 de noviembre de 2017, en el marco de la respuesta a un derecho de petición postulado por uno de los aspirantes al cargo de Procurador Judicial II Penal, obrante a folio 80 y siguientes de la actuación.

16

generen frente al empleo de Procurador Judicial II Penal, utilizando para ello el registro de elegibles conformado para tal propósito.

Omisión que, sin duda representa una violación a los derechos fundamentales del tutelante al debido proceso administrativo (artículo 29 C.P.) acceso a cargos públicos en igualdad de oportunidades (artículos 13 y 125 C.P.) y trabajo (artículo 25 C.P.), en tanto que, las reglas constitucionales y legales de los concursos le imponen al nominador el deber de designar en propiedad, en estricto orden de puntaje, a los aspirantes que al haber superado las pruebas de mérito pasaron a integrar las listas de elegibles, siempre y cuando existan las vacantes y las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad no estén amparadas bajo ninguna calidad o condición especial.

Así lo ha entendido el máximo órgano de la justicia constitucional colombiana que en la sentencia T-186 de 2013, expuso:

De manera correlativa, la jurisprudencia también ha identificado que resulta plenamente justificado, desde la perspectiva constitucional, que los ciudadanos que superan satisfactoriamente los procesos de selección, adquieran un derecho subjetivo, de índole superior, de ingreso al servicio público. Los derechos de carrera, así entendidos, garantizan de suyo un grado de estabilidad laboral para el aspirante que gana el concurso, quien solo podrá ser excluido del empleo conforme a las disposiciones constitucionales y legales. Estos derechos, a su vez, imponen un acceso preferente al cargo, que subordina la permanencia en el empleo del servidor que lo ostente y que no haya ingresado al mismo mediante concurso público de méritos. Al respecto, la Corte ha señalado que si bien el legislador tiene un amplio margen de configuración normativa, este se encuentra limitado por la obligatoriedad de garantía de los derechos de carrera. Así, se ha estipulado en la jurisprudencia que ese límite versa sobre “[l]a

17

protección de los derechos subjetivos consagrados en los artículos 53 y 125 de la Constitución, en la medida en que esta Corporación ha señalado que las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos que deben ser protegidos y respetados por el Estado.[16] || Lo anterior, sin perder de vista que la carrera administrativa tiene el carácter de principio del ordenamiento superior “que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, a 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.”[17]”[18]

9. En conclusión, 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.

Las anteriores razones resultan suficientes para conceder el amparo constitucional deprecado, pero no en la forma solicitada en la demanda, por cuanto no puede desconocer la Sala que en la lista de elegibles a la que fue integrado HERNÁNDEZ SALAZAR existen aspirantes con un mejor derecho, para lo cual se recuerda que aquel ocupó el puesto 220 frente a las vacantes ofertadas para el empleo de Procurador Judicial II Penal.

En consecuencia, se ordenará al Procurador General de la Nación que, en el término perentorio de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, atendiendo las normas y reglas de la Convocatoria 004-2015, proceda a revisar

(B)

la situación de todas aquellas personas que se encuentran desempeñando el cargo de Procurador Judicial II Penal en provisionalidad, bajo la condición de prepensionados, madre cabeza de familia y/o fuero de maternidad, para que establezca si dichas condiciones al momento actual perdieron vigencia, y de haber decaído las mismas, entre de inmediato a nombrar en propiedad, en estricto orden de méritos, a quienes se encuentra en lista de elegibles, conforme a la aludida convocatoria, sin que se pueda pretextar, mientras se realiza la revisión correspondiente y se efectúan los nombramientos en carrera administrativa, el vencimiento de la lista de elegibles.

Por último, al accederse a la pretensión principal, aunque no en la forma solicitada por HERNÁNDEZ SALAZAR, se releva la Sala de pronunciarse acerca de la pretensión subsidiaria, con la que se deprecó la orden al Procurador General de la Nación para que emita un acto administrativo en el que se restablezca el término de vigencia de la lista de elegibles de la Convocatoria 004-2015 por un período igual al que estuvo suspendido de facto por la interpretación irregular de la medida cautelar decretada por el Consejo de Estado dentro del proceso de la radicación 1100103250002015 00366 00 por el interregno comprendido entre el 15 de marzo de 2017 al 15 de febrero de 2018.

Pretensión que, aun cuando la Sala se abstraiga de la anterior consideración, en todo caso no tendría vocación de prosperar, pues, de un lado, el término de las listas de elegibles en concursos de la Procuraduría General de la Nación se encuentra regulado por disposiciones de orden legal (inciso 2°, artículo 216 Decreto 262 de 2000), y de otro lado, ante una equivocada

19

interpretación del ente demandado de una decisión judicial, el accionante pudo acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa en procura de obtener el restablecimiento del derecho que con dicho actuar considera le fue vulnerado.

En consecuencia, se concederá el amparo constitucional deprecado en la forma advertida en precedencia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

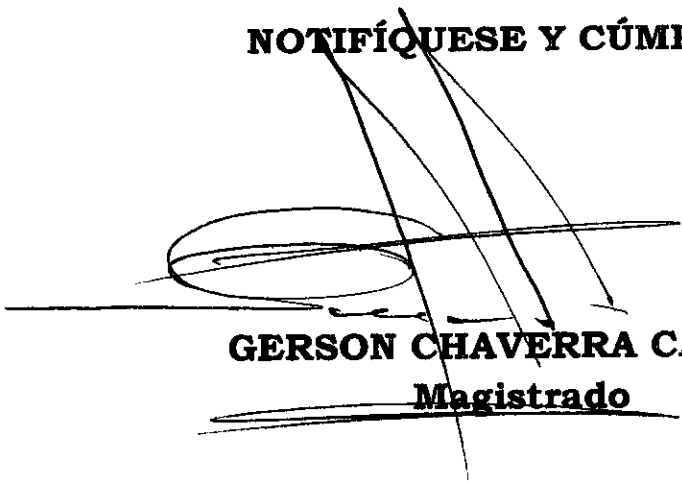
PRIMERO.- AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, acceso a cargos públicos y trabajo de OSCAR IVÁN HERNÁNDEZ SALAZAR, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- ORDENAR al Procurador General de la Nación que, en el término perentorio de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, atendiendo las normas y reglas de la Convocatoria 004-2015, proceda a revisar la situación de todas aquellas personas que se encuentran desempeñando el cargo de Procurador Judicial II Penal en provisionalidad, bajo la condición de prepensionados, madre cabeza de familia y/o fuero de maternidad, para que establezca si dichas condiciones al momento actual perdieron vigencia, y de haber decaído las mismas, entre de inmediato a nombrar en propiedad, en estricto orden de méritos, a quienes se encuentra en lista de elegibles, conforme a la aludida convocatoria, sin que

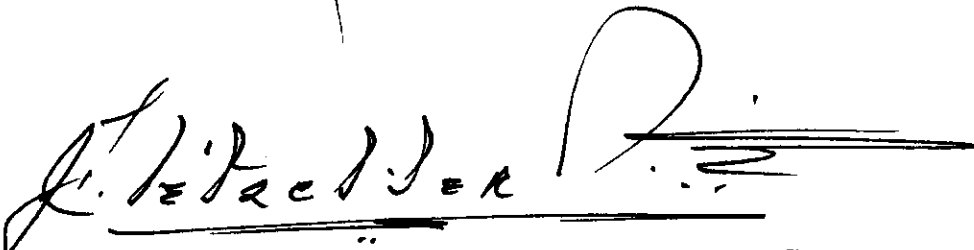
se pueda pretextar, mientras se realiza la revisión correspondiente y se efectúan los nombramientos en carrera administrativa, el vencimiento de la lista de elegibles.

TERCERO.- En caso de no ser impugnada la presente determinación, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, remítase la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GERSON CHAVERRA CASTRO
Magistrado



JAVIER ARMANDO FLETSCHER PLAZAS
Magistrado



MARÍA JUDITH DURÁN CALDERÓN
Magistrada