

República de Colombia



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
Sala Civil de Decisión Especializada en Restitución de Tierras

Magistrado Ponente:
JORGE ELIÉCER MOYA VARGAS

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación N°: **110012203 000 2018 02512 00**
Asunto: **Acción de Tutela**
Accionante: **Nelson Enrique Vargas Guayara**
Accionado: **Procuraduría General de la Nación (Procurador General)**

(Discutido y aprobado en sesión de la misma fecha)

Decide la Sala la acción de tutela promovida por Nelson Enrique Vargas Guayara contra la Procuraduría General de la Nación (Procurador General).

ANTECEDENTES

1. DEMANDA DE AMPARO

1.1. Objeto

El accionante demanda la protección constitucional de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a cargos públicos por mérito, debido proceso y trabajo, que estima vulnerados por el extremo accionado, por tanto, solicita "(...) ordenar a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, utilizar de manera inmediata la lista de elegibles de la Convocatoria No. 112 de 2015 publicada en la Resolución del Procurador General de la Nación No. 296 del 21 de junio de 2017, donde a la fecha tengo el primer lugar de elegibilidad, y en efecto a la mayor brevedad, NOMBRAR, en periodo de prueba al suscrito en el cargo Técnico Administrativo código 4TM grado 14, en la vacante dejada por la señora DIANA CAROLINA RAMIREZ MOLANO (...) que renunció a partir del 01 de febrero de 2018 (...)".

1.2. Hechos

Manifiesta el accionante que: la entidad accionada mediante Resolución N° 332 del 12 de agosto de 2015 dio apertura y reglamentó el proceso de selección para proveer 739 empleos dentro del marco jurídico del régimen especial de carrera (Decreto Ley 262 de 2000), entre ellos la convocatoria 102 para cubrir 3 vacantes para el cargo de Técnico Administrativo 4TM-14; en uso de su derecho legítimo a acceder a un empleo de carrera, se inscribió como participante en la mencionada

convocatoria y una vez superadas todas las etapas del concurso el Procurador General de la Nación profirió la Resolución N° 296 de 21 de junio de 2017, por la cual publicó la lista de elegibles de la convocatoria referenciada, donde ocupó el quinto lugar; de dicha lista, las tres primeras personas que la integran tomaron posesión de las vacantes ofertadas; el 18 de enero del año en curso se aceptó la renuncia de la señora Diana Carolina Ramírez Molano, segunda en la lista de elegibles, al cargo de Técnico Administrativo Código 4TM-Grado 14 del Instituto de Estudios del Ministerio Público y para llenar la vacancia ocurrida se nombró en encargo a la señora Sonia Esther Santacruz Guzmán.

El 8 de junio del presente año presentó petición ante la entidad accionada para que se le informara sobre las vacantes existentes a nivel nacional del empleo ya referenciado y en caso de haberlas se diera cumplimiento al artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000 y proceda a agotar la lista de elegibles, solicitud a la cual se ofreció respuesta del 30 de julio; el 10 de agosto solicitó la ampliación de la contestación en la medida que no era completa respecto de la ubicación de las vacantes del cargo Técnico Administrativo Código 4TM-Grado 14 y el día 29 de la misma mensualidad fue notificado de la solución ofrecida. La persona que ocupa el 4º lugar de la lista (Félix María Parra González) mediante petición dirigida a la entidad manifiesta no estar interesado en las vacantes en la ciudad de Bogotá para el cargo de Técnico Administrativo Código 4TM-Grado 14; por lo anterior alega que se encuentra en primer orden de elegibilidad para el mencionado cargo en la vacante dejada por renuncia de Diana Carolina Ramírez. Es deber del extremo accionado agotar la lista en estricto orden descendente para proveer las vacantes en el mismo empleo o en otros iguales de la planta global de la entidad.

2. ACTUACIÓN

El 22 de octubre del año que cursa se admitió la solicitud de amparo, se dispuso la notificación del extremo accionado para que se pronunciara sobre los hechos y pretensiones expresados en el libelo, se vinculó a quienes conforman la lista de elegibles del cargo que motiva la queja constitucional y a quien actualmente lo ejerce en encargo.

La Procuraduría General de la Nación a través de la Oficina Jurídica manifestó que adelantó concurso de méritos para proveer los empleos de carrera y conforme al artículo 216 del Decreto 262 de 2000 cuenta con 2 años para el agotamiento de la lista de elegibles; que el accionante se inscribió y participó en la Convocatoria N° 102 de 2015, por medio de la cual se ofertaron 3 cargos de Técnico Administrativo 4TM 14 para el Instituto de Estudios del Ministerio Público,



la Procuraduría 1ª Delegada para la Contratación Estatal y la Procuraduría Regional de Santander; agotadas las etapas correspondientes el señor Nelson Enrique Vargas ocupó el puesto quinto de la lista de elegibles; en el trámite de nombramientos se han presentado múltiples situaciones de tipo administrativo y acciones constitucionales que inciden en el curso normal del proceso; debe respetar el orden de elegibilidad y existe una persona que se encuentra en una posición más privilegiada que el accionante, es decir, quien ocupa el cuarto lugar, a quien asiste el derecho de permanecer en lista, pues no ha renunciado a ese derecho.

El encargo que se hiciera a la señora Sonia Esther Santacruz Guzmán no se torna ilegal toda vez que el régimen de ingreso al empleo público al interior de la entidad, regula la figura del encargo para que en caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera, una persona que sea de carrera lo ocupe transitoriamente mientras se provee el cargo. Reclama la improcedencia de la acción de tutela por no satisfacer el requisito de subsidiariedad, en virtud de la existencia de otros mecanismos de defensa para solicitar el cumplimiento de una obligación contenida en una norma (artículo 216 Decreto 262 de 2000) en el sentido que se disponga su nombramiento, en esa medida la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política y regulada mediante la Ley 393 de 1997 resulta el medio idóneo para alcanzar la pretensión del accionante y además la acción de nulidad de acto administrativo, que en virtud de la oralidad establecida en el C de P. A. y de lo C. A., no debe durar más de un año.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta Sala determinar si la entidad demandada ha vulnerado los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a cargos públicos por mérito, debido proceso y trabajo de Nelson Enrique Vargas Guayara, por el hecho de no realizar el nombramiento de la lista de elegibles para el cargo de Técnico Administrativo Código 4TM-Grado 14 vacante dentro de la Convocatoria N° 102-2015.

2. LA ACCIÓN DE TUTELA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE QUIENES CONFORMAN LISTAS DE ELEGIBLES EN CONCURSOS DE MÉRITOS

Es sabido que la acción de tutela tiene por objeto, conforme a lo normado en el artículo 86 constitucional, la salvaguarda inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública y, excepcionalmente, de particulares, siempre y cuando la persona afectada no disponga de otro medio de defensa judicial, o que, contando con él, éste sea ineficaz para proveer su protección.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que: “las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme” [15]. Por otro lado, ha establecido que “aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido.”¹, ello en virtud del principio constitucional de buena fe y de la confianza legítima que protege a los participantes en estos procesos.

En esa medida, la jurisprudencia ha concluido que cuando se impide o se obstaculiza el derecho que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales participaron, se vulneran sus derechos a la igualdad, al trabajo y al debido proceso.

Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado lo siguiente:

“la Corte mediante la sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso -que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas- y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones -ganar el concurso-, sería escogida para el efecto. En idéntica línea se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado.”[17]

La situación descrita, según la Corte, también “equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe -Artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que él había ocupado el primer lugar y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior” [18].

Siguiendo tales postulados, la mencionada Corporación también ha estimado que los actos administrativos que establecen las listas de elegibles, una vez en firme, crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto que no pueden ser

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-402 de 2012.



desconocidos por la Administración². Sobre el particular, en Sentencia SU-913 de 2001, dijo:

“cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una de las personas que la conforman.

En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos ‘se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (...)’. A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado[24]. (...)

Cabe agregar que en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer. (Negritas y subrayado fuera de texto)

2.1. Respecto de la procedencia de la acción de tutela para solicitar la provisión de cargos de carrera por efecto de un concurso de méritos, ha precisado la Corte Constitucional:

“5.2 Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular [27]”.

En sintonía con lo anterior, resulta de importancia recordar el contenido de las sentencias SU-133 de 1998 y SU-086 de 1999, mediante las cuales la Sala Plena de esta Corporación destacó:

“...esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.

La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en

² Ibidem.

juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política.”

En idéntico sentido se pronunció igualmente la Corte Constitucional mediante la sentencia de unificación SU-613 de 2002, en la cual estableció:

“[...] existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.” (Corte Constitucional Sentencia SU- 913 de 2009).

3. CASO CONCRETO

Revela el plenario que Nelson Enrique Vargas Guayara reprocha en síntesis que la entidad accionada no haya efectuado el agotamiento de la lista de elegibles (Resolución 296 de 21 de junio de 2017) para proveer la vacante del cargo de Técnico Administrativo Código 4TM-Grado 14 del Instituto de Estudios del Ministerio Público dentro de la Convocatoria N° 102-2015, no obstante, que hayan transcurrido 8 meses desde la renuncia al cargo por la persona que ocupaba el 2º lugar de la lista y quien había sido nombrada para desempeñar el empleo dentro de la referida convocatoria, circunstancia que vulnera sus garantías en la medida que considera es el siguiente en posición de elegibilidad, en consecuencia que, solicite una orden para que se efectúe su nombramiento en periodo de prueba conforme la normativa que regula el caso, y de esta manera garantizar sus derechos fundamentales.

De la documental aportada al expediente, se observa que el señor Nelson Enrique Vargas Guayara participó en el concurso de méritos que la Procuraduría General de la Nación convocó mediante la Resolución 332 del 12 de agosto de 2015, superando las etapas del mismo e integra la lista de elegibles para el cargo denominado Técnico Administrativo Código 4TM-Grado 14 (3 vacantes) ocupando el quinto lugar de la lista; mediante Resoluciones 3615, 3616 y 3617 de 2017 se realizó el nombramiento en periodo de prueba de las personas que ocuparon los tres primeros puestos de la lista; posteriormente mediante acto administrativo N° 165 del 18 de enero de 2018 se aceptó la renuncia presentada por Diana Carolina Ramírez Molano (segunda en la lista) al cargo en referencia del Instituto de



Estudios del Ministerio Público; frente a tal circunstancia, el 26 de enero del año en curso se realizó el nombramiento de Sonia Esther Santacruz Guzmán en encargo.

Al tenor de la jurisprudencia expuesta en el numeral segundo de la parte considerativa, se concluye que en el caso particular al accionante le asiste un derecho que no puede ser desconocido por la entidad accionada, de ser nombrado en el cargo al que se inscribió, ello en razón, a que si bien se encuentra en el quinto lugar de la lista de elegibles consignada en la Resolución 296 -la cual se encuentra en firme-, lo cierto es, que los tres primeros en la lista fueron ya nombrados, el cargo de Técnico Administrativo Código 4TM-Grado 14 tiene una vacante y existe un indicio que la persona ubicada en el cuarto puesto no esté interesada en tomar posesión del empleo (según copia petición obrante a folios 31 a 32) , lo que conlleva que pueda optar por la vacante una vez agotado el trámite con la persona que le antecede.

En esa medida, no continuar con el trámite de agotamiento de la lista de elegibles referenciada, significa no solo la vulneración de los derechos fundamentales del accionante a la igualdad, al trabajo y al debido proceso, sino la transgresión del principio constitucional de buena fe y de la confianza legítima que protege a los participantes en estos procesos, pues se ha generado una expectativa de ejercer el cargo, toda vez que al tenor de los postulados del concurso, habiendo superado las etapas del mismo y quedando en firme la lista de elegibles, procedía dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al momento de presentarse la vacante³ el nombramiento de quien sigue en el orden descendente, que si bien, corresponde inicialmente al señor Félix María Parra González (cuarto lugar), cierto es que de haberse cumplido con los términos previstos en la norma que regula la materia, el accionante no se encontraría en la expectativa frente a lo que considera un derecho cierto y concreto, esto es, ser el primero en el orden de elegibilidad, resaltándose por la Sala en todo caso que, no puede tenerse como una renuncia expresa al cargo vacante por el señor Parra González el escrito de petición elevado el 5 de septiembre de 2018, en la medida que del mismo no se puede arribar a tal conclusión, luego procedente es que se agote la etapa de nombramiento del mencionado señor, para que una vez realizado haga la manifestación que considere pertinente.

³ Artículo 217 del Decreto 262 de 2000

Por todo lo anterior, resulta claro que el resguardo constitucional está llamado a prosperar, pues se evidencia la vulneración de los derechos invocados para lo cual se ordenará a la Procuraduría General de la Nación en cabeza del señor Procurador General, que en el marco de sus competencias tome las medidas necesarias para el impulso del trámite del concurso, realice el nombramiento de la persona que ocupa el cuarto lugar de la lista de elegibles, para el cargo de Técnico Administrativo Código 4TM-Grado 14 del Instituto de Estudios del Ministerio Público dentro de la Convocatoria No. 102-2015; así mismo, en caso de subsistir la vacante deberá proveer el cargo en estricto orden descendente conforme a la lista de elegibles, ajustándose a los términos previstos en la normatividad que regula la materia.

En consecuencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil de Decisión Especializada en Restitución de Tierras, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER a Nelson Enrique Vargas Guayara el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso, por las razones expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación en cabeza del señor Procurador General que, en un término no superior a **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de este fallo, tome las medidas necesarias para el impulso del trámite del concurso y realice el nombramiento de la persona que ocupa el cuarto lugar de la lista de elegibles, para el cargo de Técnico Administrativo Código 4TM-Grado 14 del Instituto de Estudios del Ministerio Público dentro de la Convocatoria N° 102-2015.

TERCERO: Cumplido lo anterior y en caso de subsistir la vacante, deberá proveer el cargo en estricto orden descendente conforme a la lista de elegibles, ajustándose a los términos previstos en la normatividad que regula la materia. El cumplimiento de lo ordenado en este y en el anterior ordinal deberá acreditarse mediante prueba documental ante esta Corporación.

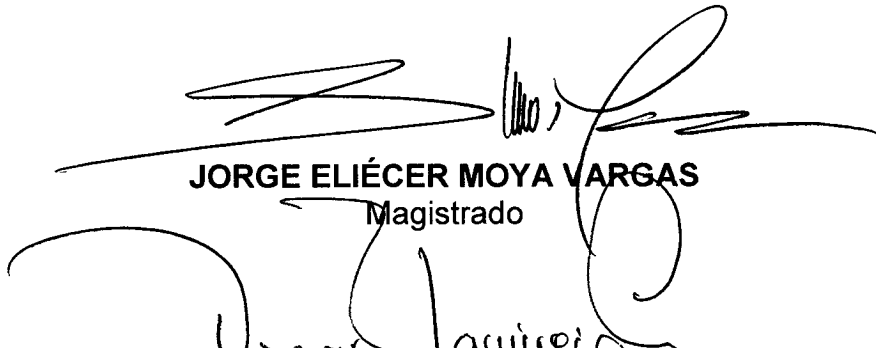
CUARTO: Notificar esta providencia a los sujetos de este trámite constitucional por el medio más expedito. Para la notificación a los integrantes de la lista de

72

elegibles aludida, se ordena a la Procuraduría General de la Nación que en su página WEB-Concurso de empleos de carrera, publique el presente fallo.

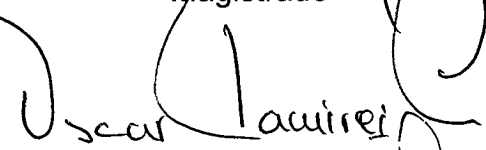
QUINTO: Si oportunamente no se impugna este fallo, remitir el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión. (Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JORGE ELIÉCER MOYA VARGAS

Magistrado



OSCAR HUMBERTO RAMÍREZ CARDONA

Magistrado



JORGE HERNÁN VARGAS RINCÓN

Magistrado