



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CIVIL DE DECISIÓN
MAGISTRADO: DR. HOMERO MORA INSUASTY**

Santiago de Cali, doce (12) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024)

PROYECTO APROBADO SEGÚN ACTA No. 150

Trámite: Acción de Tutela - Impugnación
Accionante: Ricardo Roa Domínguez
Accionado: Fiscalía General de la Nación
Radicación: 76001-01-03-011-2024-00260-02

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala, por vía de impugnación, el trámite constitucional de tutela referenciado, conocido en primera instancia por el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali.

II.- ANTECEDENTES

1.- En resumen, el señor Ricardo Roa Domínguez considera que dentro del «*concurso de méritos para proveer 500 vacantes definitivas provistas en provisionalidad, en las modalidades de ascenso e ingreso, de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación pertenecientes al Sistema Especial de Carrera*», se conculcaron sus derechos fundamentales «*al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y a la confianza legítima*», como quiera que, tras superar satisfactoriamente la prueba de conocimientos respectiva para el cargo: «Técnico Investigador IV», identificado con el código OPECE No. I-212-10-(9), y estar dentro de un lugar privilegiado [posición No. 56] en la lista de elegibles, conformada mediante Resolución No. 0081 del 12 de diciembre de 2022 expedida por la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, no se le ha nombrado en período de prueba en una de las ciento cincuenta y cinco (155) vacantes reportadas para el cargo aspirado.

Siguiendo su exposición refiere que, si bien es cierto, la autoridad que administra el proceso de selección ofertó nueve (9) vacantes para proveer el empleo antes referido [a las cuales, en principio, no alcanzó], lo es también que en la convocatoria subsiguiente ofertó ciento cuarenta y seis (146) vacantes, lo que indica que hay un número mayor de vacantes en comparación con el puesto ocupado en el registro de elegibles; asimismo, agrega que, en virtud de lo anterior y conforme a lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019, la Sentencia T-340 de 2020 proferida por la Corte Constitucional [cual desarrolla su alcance] y el Concepto No. 125531 de 2023 expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, cuya hermenéutica reside en usar la lista de elegibles para llenar las vacantes no ofertadas que se generen con

posterioridad, el 22 de agosto de 2024 elevó petición para que fuera nombrado en tales condiciones, sin embargo, la Subdirección de Talento Humano adscrita a la entidad negó dicha posibilidad, afincándose en razones que, a su juicio, devienen caprichosas y arbitrarias, lo que, a la postre, desconoce los principios que gobiernan la meritocracia.

Con base en ese acontecer fáctico, solicita que se amparen las prerrogativas superiores invocadas y, en consecuencia, se impartan las medidas en orden a garantizar su nombramiento en el cargo mencionado.

2.- Enterados de la acción, los convocados se pronunciaron en los siguientes términos:

2.1.- La Subdirección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación rebatió la solicitud de amparo, con fundamento en que: (i) no atiende el requisito de «*subsidiariedad*», en vista de que la inconformidad del actor «*debe ser objeto de debate ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo*», además de que no se ha demostrado «*la existencia de un posible perjuicio irremediable*» que haga posible la salvaguarda; (ii) con todo, su actuar se ha ceñido a las reglas de la convocatoria, mismas que «*son obligatorias tanto para la administración como para los concursantes*», y especialmente ha empleado la lista de elegibles del cargo «*Técnico Investigador IV*» para los fines previstos, esto es, «*para proveer 9 vacantes*», a las cuales no alcanzó el señor Ricardo Roa Domínguez, pues ocupó la posición cincuenta y seis (56); y (iii) finalmente, no es viable la aplicación de la Ley 1960 de 2019, así como la jurisprudencia constitucional que desarrolla su alcance, para proveer con la lista de elegibles las vacantes no ofertadas, habida cuenta que el Sistema Especial de Carrera de la Fiscalía General de la Nación «*tiene su propio régimen cuyo texto está plasmado en el Decreto Ley 020 del 9 de enero de 2014*».

2.2.- El Departamento Administrativo de la Función Pública y la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, al unísono, solicitaron la desvinculación de este trámite, tras alegar que no detentan legitimación en la causa por pasiva, en especial porque las etapas de «*estudio de seguridad*» y «*nombramientos de período de prueba*» en el concurso de méritos corresponde exclusivamente a la Subdirección de Talento Humano antes mencionada.

2.3.- El señor David Enrique Pulgar Genes, quien integra la lista de elegibles del cargo en cuestión, coadyuvó la postulación tutelar.

2.4.- Los demás sujetos procesales, pese a su notificación oportuna, permanecieron silentes.

3.- El Juzgado Once Civil del Circuito de Cali, a través de fallo adiado 21 de octubre de 2024, negó la acción de tutela, esgrimiendo que, a pesar de que la jurisprudencia constitucional ha venido sosteniendo que *«sí puede aplicarse la lista de elegibles para proveer cargos existentes con posterioridad a la convocatoria»*, en el señor Ricardo Roa Domínguez aún no se ha cristalizado el derecho de acceso al cargo público, toda vez que: (i) *«no ha superado la totalidad de las etapas del concurso»*, esto es, *«estudio de seguridad»* y *«nombramiento del aspirante en período de prueba»*, (ii) además de *«no tener una posición favorable en el listado de elegibles»*.

4.- El promotor de esta acción acudió a la impugnación y, a tal propósito, adujo que el juez *a quo* incurrió en los siguientes desvaríos: (i) que *«la etapa de estudio de seguridad ya fue surtida y cumplida»* y por ello es que hoy se encuentra nombrado en el cargo de «Técnico Investigador II», y que no ha superado el *«nombramiento en período de prueba»*, debido a que *«ese es precisamente el motivo por el que se acude al juez constitucional»*, además de que es ilógico *«exigir el nombramiento para tutelar el nombramiento»*; y (ii) que existen *«1.177 cargos disponibles»* para el cargo aspirado, por lo que estos resultan aritméticamente suficientes *«para efectuar el nombramiento de [todos] los integrantes de la lista de elegibles»*, de modo que sí se encuentra *«en posición de mérito»* y su pedimento, a la postre, no afecta los intereses de los concursantes que se encuentran *«en mejor posición»*.

III. CONSIDERACIONES

1.- Este cuerpo colegiado es competente para conocer de la impugnación del fallo de tutela, con fundamento en lo previsto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

2.- El problema jurídico que se somete a consideración de la Sala estriba en determinar si la acción de tutela es procedente para cuestionar la negativa de la Subdirección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación para nombrar al señor Ricardo Roa Domínguez, quien es integrante de la lista de elegibles, en uno de las vacantes no ofertadas del cargo denominado: «Técnico Investigador IV», identificado con el código OPECE No. I-212-10-(9).

3.- La Carta Política de 1991 albergó en su articulado, entre otros mecanismos que desarrollan el estado social de derecho, la acción de tutela como la herramienta adecuada para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que la acción o la omisión de una autoridad pública los amenace o los vulnere y excepcionalmente frente a los particulares.

4.- Hoy es lugar común afirmar que el mecanismo de provisión de cargos vacantes en cargos públicos por medio del sistema de los concursos resulta

ser el componente idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes, con el fin de escoger, entre ellos, al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.

En esa medida, ha dicho la Corte Constitucional que los concursos de mérito tienen por finalidad: *«que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado»*¹. Por lo tanto, el mérito es la condición esencial para el ingreso a la función pública.

5.- Descendiendo al asunto *sub examine*, la inconformidad del señor Ricardo Roa Domínguez, en estricto rigor jurídico, se circunscribe a que la Subdirección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, en el marco del *«concurso de méritos para proveer 500 vacantes definitivas provistas en provisionalidad, en las modalidades de ascenso e ingreso, de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación pertenecientes al Sistema Especial de Carrera»*, se niega a nombrarlo en una de las vacantes no ofertadas para el cargo denominado: «Técnico Investigador IV», identificado con el código OPECE No. I-212-10-(9) [que supuestamente se pueden llenar con los doscientos sesenta (260) elegibles], soslayando así la Ley 1960 de 2019, la Sentencia T-340 de 2020 proferida por la Corte Constitucional y el Concepto No. 125531 de 2023 expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Sin embargo, es lo cierto que el amparo procurado está llamado al fracaso por las razones que pasan a exponerse. Veamos:

5.1.- Inicialmente, cumple memorar que la Corte Constitucional ya había precisado que:

*«La convocatoria es, entonces, “la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”, y como tal impone las reglas que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento.»*²

En palabras más gráficas: **tanto las entidades que presiden el concurso de méritos como los participantes en él deben ceñirse estrictamente a los**

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-945 de 2009. M. P. Dr. Mauricio González Cuervo

² Corte Constitucional, Sentencia SU-446 de 2011, M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

términos de la convocatoria, sin que, por ningún motivo, puedan desconocerlos, amén de los principios de *'igualdad'*, *'lealtad'*, *'buena fe'* y *'confianza legítima'*, entre otros.

Y ocurre que, al escrutar minuciosamente las normas que rigen el proceso de selección, esto es, el Acuerdo No. 001 del 16 de julio de 2021 expedido por la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, se reguló diáfananamente: (i) el número de vacantes que iban a ser ofertadas para el cargo denominado: «Técnico Investigador IV», identificado con el código OPECE No. I-212-10-(9), (ii) así como la normativa que iba a gobernar el concurso de méritos.

• Vacantes a proveer:

Es insoslayable, importa advertir, que el artículo 1° rotulado: «*convocatoria a concurso de méritos*» limitó el número de vacantes definitivas a proveer en la entidad así:

«Convocar a concurso de méritos 500 vacantes definitivas provistas en provisionalidad de la planta global del personal de la Fiscalía General de la Nación pertenecientes al Sistema Especial de Carrera que rige a la entidad; de las cuales, 350 vacantes en la modalidad de ingreso».

Particularmente para el cargo tantas veces mencionado, el Anexo No. 1 [que se denominó «*Oferta Pública de Empleos de Carrera Especial -OPECE-*»] en su numeral 3° indicó que formaba parte del proceso: «*investigación y judicialización*», que solo se podía optar por «*ingreso*» [es decir, en la modalidad abierta] **y que había un total de «9» vacantes.**

• Normativa reguladora:

En el cuerpo de dicho acto administrativo, se estableció en el artículo 4° cuáles eran las «*normas que rigen el concurso de méritos*», del siguiente modo:

«El concurso de méritos que se convoca mediante el presente acuerdo se rige de manera especial por lo establecido en la Ley 270 de 1996, los decretos 016, 017, 018 y 020 de 2014, Decreto Ley 898 de 2017, el manual específico y requisitos de los empleos que conforman la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación (Versión 4 de enero de 2018) y la Resolución No. 0470 del 2014. (...)

El acuerdo es norma reguladora del concurso y obliga tanto a la Fiscalía General de la Nación, a la UT Convocatoria FNG 2021 y a los participantes».

Incluso, según el literal c) del artículo 9°, unos de los requisitos generales que los aspirantes debían cumplir para participar residía en: «*Aceptar en su totalidad las reglas establecidas para este concurso de méritos*». A tono con lo anterior, conforme al literal c) del artículo 13, una de las condiciones previas a la inscripción, advierte la convocatoria, es que: «*Con la inscripción, el aspirante acepta todas las condiciones y reglas específicas en el presente acuerdo, aprobadas por la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación*».

• Conclusiones:

Los anteriores segmentos normativos nos permiten arribar a las siguientes conclusiones:

A.- Según la Oferta Pública de Empleos de Carrera Especial, para el cargo denominado: «Técnico Investigador IV», identificado con el código OPECE No. I-212-10-(9), tan solo se dispusieron (9) vacantes para ser provistas por la lista de elegibles, sin que se contemplara la posibilidad de optar por otras vacantes no ofertadas.

B.- Dentro de las normas legales que disciplinan el concurso de méritos [a las cuales por demás se adhirieron todos los aspirantes] no se previó la aplicación de la Ley 909 de 2004, modificada en lo pertinente por la Ley 1960 de 2019, desde luego, porque la Fiscalía General de la Nación tiene un régimen de carrera especial.

C.- De ese modo, por lo menos en línea de principio, **se avista legal la negativa de la entidad nominadora para acceder a las solicitudes de aquellos elegibles que no están en posición privilegiada en lista y pretenden ser nombrados en las vacantes no ofertadas**, tal como lo habilita en otros casos la normativa *ibidem*.

5.2.- Ahora bien, si lo que pretende el actor es que se modifique el diseño del concurso, plasmado en el acto de carácter general, impersonal y abstracto: Acuerdo No. 001 del 16 de julio de 2021 expedido por la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, la acción de tutela se torna improcedente, valga decir, al no honrarse el requisito de ‘subsidiariedad’.

Es de recordar, para este propósito, que **la acción de tutela no procede frente a actos de carácter ‘general, impersonal y abstracto’**, según voces del numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991. En desarrollo de este precepto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada que:

«El numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 consagra expresamente que la acción de tutela no procede contra actos de carácter general, impersonal y abstracto; es decir, aquellos de carácter objetivo que producen efectos generales y no se dirigen a alguien en particular, como una ley en sentido material o un acto administrativo de carácter general, razón por la que no pueden producir situaciones jurídicas subjetivas y concretas que sean susceptibles de amparo constitucional por medio de la acción de tutela.

“La Corte se ha manifestado en este sentido en repetidas ocasiones, tal como pasa a verse:

«Cuando el enunciado de la norma jurídica consagra situaciones genéricas y comprende un conjunto indefinido de sujetos a ella sometidos por un precepto de mandato o de prohibición, que son determinables mediante la aplicación de predicados que la misma formula en términos de características abstractas, se dice que se trata de un acto regla (Jeze) o general.

*Por su propia naturaleza, entonces, **el acto de este linaje no crea situaciones jurídicas subjetivas y concretas y, por lo mismo, tampoco puede lesionar por sí sola derechos de esta índole, que es lo que la Constitución y la ley requieren para que la acción de tutela sea viable, por cuya virtud, en consecuencia, esta no procede.**»»³.*

Y es que, como es lugar común, solo es admisible verificar la presunta vulneración de garantías fundamentales en actos creadores de situaciones ‘individuales, subjetivos, personales y concretos’. De ahí que **la acción de tutela no sea el instrumento idóneo para cuestionar una convocatoria a concurso de méritos**, teniendo en cuenta su carácter ‘general, impersonal y abstracto’. Para ese cometido, relíevase, debe acudir a otros mecanismos judiciales que contempla el ordenamiento jurídico, como lo es: la ‘nulidad’ de que trata el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5.3.- Aunque lo hasta aquí expuesto es más que suficiente para que la acción de tutela no se abra paso, es importante indicar que, aun cuando se prescindiera de lo anterior y se pretendiera focalizar el estudio exclusivamente en el acierto legal de la comunicación del 03 de septiembre de 2024 [acto administrativo particular y concreto], por medio de la cual la entidad definió no acceder al nombramiento en período de prueba del accionante al cargo público, también se arribaría a la improcedencia por falta de ‘subsidiariedad’, empero, de acuerdo a las siguientes precisiones.

(i) Huelga indicar que la jurisprudencia había sostenido, sin fisura alguna, que la acción de tutela era improcedente, como mecanismo principal, para proteger los derechos fundamentales que resultaran amenazados o

³ Sentencia No. T-225 a 400 de 1992.

vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos de contenido '*particular y concreto*' al interior del concurso de méritos, habida cuenta que se podían controvertir en la jurisdicción contencioso administrativa por el medio de control: '*nulidad y restablecimiento de derecho*', previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, además de que esa clase de procesos admitía el decreto de determinadas medidas cautelares [necesarias y urgentes] que, por lo tanto, desvanecía la hipótesis de '*perjuicio irremediable*' que tornaba excepcional la intervención de la justicia constitucional⁴.

(ii) En la actualidad la Corte Constitucional ha venido morigerando esa reglas de procedencia de la acción de tutela frente a las actuaciones administrativas que se desarrollan al interior de un proceso de selección, haciendo más flexible el examen de subsidiariedad y procurando resolver de fondo el asunto⁵, bajo el entendido que el medio de control respectivo no siempre es eficaz para garantizar el derecho al acceso a los cargos públicos, en tanto que la demora de la jurisdicción contencioso administrativa podría incidir de manera negativa a los beneficiarios con una verdadera expectativa en las siguientes dos (2) eventualidades: (i) que «*la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta*»; o (ii) que «*se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley*»⁶.

(iii) No obstante, este caso particular no se ajusta a alguna de esas hipótesis, puesto que: (i) en primer lugar, el señor Ricardo Roa Domínguez quedó ubicado en el puesto cincuenta y seis (56) de la lista de elegibles para el cargo denominado: «Técnico Investigador IV», identificado con el código OPECE No. I-212-10-(9), es decir, por fuera de las nueve (9) vacantes ofertadas, luego, por lógicas razones, no tiene el derecho adquirido o, por lo menos, una expectativa legítima a acceder a ese cargo por mérito, entonces es simplemente hipotético el riesgo de que tal prerrogativa se pueda extinguir por el paso del tiempo, lo que deja sin piso el ámbito de protección; y (ii) en segundo lugar, no hay viso de que el empleo pierda vigencia o tenga un periodo fijo legal o constitucional como, por ejemplo, el de personeros municipales o distritales, cuyo periodo institucional es de cuatro (4) años⁷, donde, ahí sí, se torna urgente y necesaria la intervención constitucional, ante el reducido y estático lapso en que se desempeñará el empleo y las evidentes paquidermias para resolver las eventuales demandas que atañen a la jurisdicción contencioso administrativa.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T- 956 de 2011, M. P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-340 de 2020, M. P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-059 de 2019, M. P. Dr. Alejandro Linares Cantillo.

⁷ Ley 136 de 1994, Artículo 170.

(iv) Luego entonces, el oficio STH-30100 del 03 de septiembre de 2024 expedido por la Subdirección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, por medio del cual se niega definitivamente el nombramiento en período de prueba del señor Ricardo Roa Domínguez en el cargo antes mencionado, sin lugar a equívocos, **es un acto administrativo⁸ de carácter ‘particular’ y ‘concreto’, cuyos profundos cuestionamientos deberán ser resueltos por la jurisdicción contencioso administrativa por conducto del medio de control de ‘nulidad y restablecimiento del derecho’**, donde hay mayores reglas y oportunidades de contradicción, un mejor escenario probatorio, así como un margen de tiempo más amplio para que el juez administrativo [unitario o colegiado] pueda hacer un exhaustivo análisis jurídico y fáctico de la problemática.

6.- Conclusión: Se impone confirmar la sentencia del 21 de octubre de 2024 proferida por el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali, pero por las razones aquí expuestas.

Sin más disquisiciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Civil de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo impugnado, pero por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a las partes por el medio más expedito.

TERCERO: En su debida oportunidad, **ENVIAR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

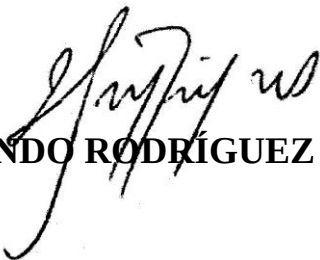
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

HOMERO MORA INSUASTY

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000, M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. En esta sentencia, la Corporación define al acto administrativo como: «la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados».

Acción de Tutela - Impugnación
Ricardo Roa Domínguez Vs. Fiscalía General de la Nación
Radicación: 76001-31-03-011-2024-00260-02



HERNANDO RODRÍGUEZ MESA



CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ