El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Radicado No: 66170-31-05-001-2023-00118-01

Proceso: Acción de tutela (Impugnación)

Accionante: Mario Alberto Ramírez Mendoza

Accionados: Fiscalía General de la Nación, Comisión Especial de la Carrera de la Fiscalía, UT Convocatoria FGN 2021 y UT Convocatoria FNG 2022

Juzgado de origen: Laboral del Circuito de Dosquebradas

**TEMAS: DERECHO A LA CONFIANZA LEGÍTIMA / CONCURSO DE MÉRITOS / FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / IMPROCEDENCIA GENERAL DE LA TUTELA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / EXCEPCIONES / REQUISITOS.**

El inciso 4 del artículo 86 de la Constitución Política de 1991, establece el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y determina que “esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” …

… la sentencia T-081 de 2022, respecto a la procedencia de la acción de tutela, contra actuaciones derivadas de un concurso de méritos determinó:

“Precisamente, la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial para resolver los asuntos que se derivan del trámite de un concurso de méritos, en especial, cuando en este ya se dictaron actos administrativos de contenido particular y concreto que generan derechos individuales y ciertos, con ocasión de la firmeza de la lista de elegibles, los cuales pueden ser objeto de debate en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo…

En esa misma línea, la Corte determinó lo siguiente:

“el amparo tutelar procede de manera definitiva, (i) si el empleo ofertado cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley; (ii) si se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles; (iii) si el caso tiene una marcada relevancia constitucional; y (iv) si resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario, en respuesta a las condiciones particulares del accionante”.

… el accionante no allegó prueba que acreditará condición especial alguna, como edad, condiciones de salud, vulnerabilidad manifiesta, entre otros, que le impida acudir al mecanismo ordinario, máxime cuando ni siquiera ocupa los primeros puestos en las listas de elegibles…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, dieciséis (16) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Procede la judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el 23 de marzo de 2023, por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, dentro de la **acción de tutela** impetrada por el señor **Mario Alberto Ramírez Mendoza**, en contra de la **Fiscalía General de la Nación (FGN)** y la **Comisión Especial de Carrera de la Fiscalía**, a través de la cual pretende que se tutelen sus derechos fundamentales a la confianza legitima, carrera administrativa y acceso a cargos públicos mediante concurso de méritos y adicionalmente se ordene a la Fiscalía General de la Nación y a la Comisión Especial de Carrera de la Fiscalía, se suspenda el nuevo concurso de méritos, (Acuerdo No 001 de 2023) mediante el cual se ofertan 1.056 vacantes definitivas de la planta de personal de la Fiscalía; concurso de méritos que inicia sus inscripciones el día 27 de marzo de 2023 y finaliza el día 18 de abril de 2023, hasta que culmine el primer proceso de selección y se decidan las acciones administrativas y la demanda pública de inconstitucionalidad interpuestas contra el concurso de méritos anteriormente mencionado. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

**Cuestión previa**

 Se deja constancia que el retardo en la resolución de la impugnación de la presente acción de tutela se debe al retardo del juzgado accionado en enviar el proceso a reparto, por cuanto si bien la sentencia de primera instancia tiene fecha el 23 de marzo de 2023, el expediente se envió a la Oficina Judicial el 14 de abril este año, oficina que a su vez hizo el reparto el 18 de mayo hogaño, correspondiéndole el conocimiento a la Sala de Decisión laboral No, 1 de esta Corporación.

1. **Demanda de tutela**

Para sustentar la demanda de tutela, señala que **mediante la ley 1654 del 15 de julio de 2013, se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República con el objetivo de expedir el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación, el cual fue desarrollado mediante el Decreto Ley 020 de 2014, en el que se estableció que la forma para proveer los cargos de la entidad tanto en las modalidades de ingreso o ascenso era mediante el concurso público de méritos, según lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la mencionada ley.**

**Menciona que el artículo 118, del decreto ley 020 de 2014 establece que la Fiscalía, dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigencia, debería convocar a concurso para los cargos de carrera que se encontraran vacantes definitivamente o que estuvieran provistos mediante nombramiento provisional o encargo. No obstante, señala que lo anterior no se cumplió y por ende, la ciudadana Luz Patricia Agudelo Patiño, quien funge como Presidenta de la Asociación de Trabajadores Estatales de la Fiscalía General de la Nación (ATRAES - FGN), haciendo uso de la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política y desarrollada por la Ley 393 de 1997, solicitó ante a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que se diera cumplimiento a la orden consagrada en el artículo 118 del decreto 020 de 2014 y por consiguiente se convocara a concurso de ascenso, el cual debía hacerse sin dilaciones y realizarse durante el primer semestre del año 2020.**

**Manifiesta que a causa de lo anterior, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, mediante sentencia proferida el día 4 de marzo de 2020, declaró el incumplimiento por parte de la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, de lo establecido en el artículo 118 del Decreto 020 del 9 de enero de 2014, por lo cual ordenó al representante legal de dicha dependencia, que en un término de seis meses contados a partir de la notificación de la providencia, adelantara las tareas administrativas pertinentes y necesarias con el fin de obtener las partidas presupuestales que permitieran atender los concursos públicos de méritos en la entidad, y adicionalmente se procediera a realizar las respectivas convocatorias para proveer los cargos de carrera que se encontraran vacantes definitivamente o que estuvieran provistos mediante nombramientos provisionales o encargos en la misma.**

**Señala que ante lo anterior, la entidad accionada a través de escrito de apelación solicitó revocar el fallo, afirmando que no era posible convocar a concurso todos los cargos de carrera vacantes de manera definitiva, que en ese momento superaban las 17.000 vacantes, procedimiento que debía hacerse de manera gradual y en diferentes tiempos, ya que de lo contrario, implicaría, de una parte, la pérdida de la continuidad del servicio y de otra parte, la planeación que comprende las reestructuraciones y, en consecuencia, llevaría traumatismo en la prestación del servicio de justicia.**

**Menciona que la sección quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió la apelación confirmando la Sentencia, pero aclarando que el plazo concedido para acatar lo dispuesto en el artículo 118 del Decreto Ley 020 del 2014, no lo era para la consecución de recursos económicos, sino para adelantar las actividades necesarias a fin de convocar a concurso para los cargos de carrera, vacantes de manera definitiva o provistos de manera provisional o encargo.**

**Manifiesta que, con la sentencia en firme, la Fiscalía General de la Nación, a través de su Comisión de Carrera Especial, expidió el acuerdo No. 001 del 16 de julio de 2021 por el cual se convocó y se establecieron las reglas 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.**

**A causa de lo anterior, manifiesta que el día 31 de julio de 2022, se llevó a cabo el examen de competencias funcionales y comportamentales previstas de acuerdo con el cronograma de dicho concurso, y posteriormente el día 19 de agosto de la misma anualidad, se publicaron los resultados de las pruebas realizadas. Afirma que, de acuerdo a los resultados, se le permitió aprobar para dos cargos, esto es para fiscal delegado ante jueces de circuito, identificado con el código OPECE No. I-102-10-(22) y fiscal delegado ante jueces municipales y promiscuos, identificado con el código OPECE No. I-103-10-(40).**

**A su vez, señala que encontrándose en desarrollo la convocatoria del concurso, la señora Luz Patricia Agudelo Patiño, en calidad de presidenta de la Asociación de Trabajadores Estatales de la Fiscalía General de la Nación, presentó un incidente de desacato, al considerar que se había presentado un incumplimiento a la sentencia proferida el 22 de octubre de 2020. A consecuencia de lo anterior, se surtió trámite al desacato, decidido mediante providencia del 25 de agosto de 2022, en la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, dispuso lo siguiente:**

***“1º) Declárase en desacato a las siguientes personas: (i) Lilia Inés Sanín Díaz, (ii) Óscar Alejandro Gutiérrez Castellanos, (iii) William Villareal Collazos, (iv)José Freddy Restrepo García y (v) Sandra Mercedes Paredes Casadiego, en su calidad de miembros de la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación respecto del fallo de 4 de marzo del año 2020 y confirmado por la Sección Quinta del Consejo de Estado en providencia del 22de octubre de 2020, proferido dentro de la acción de cumplimiento de la referencia.***

***2º) En consecuencia, sanciónase a (i) Lilia Inés Sanín Díaz, (ii) Óscar Alejandro Gutiérrez Castellanos, (iii) William Villareal Collazos, (iv) José Freddy Restrepo García y (v) Sandra Mercedes Paredes Casadiego, en su calidad de miembros de la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, con una multa de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cada uno, con destino a la cuenta única nacional No. 3-0820-000640-8 del Banco Agrarío de Colombia S.A.”***

**A su vez, menciona que la decisión anterior fue confirmada por el Consejo de Estado, en virtud del grado jurisdiccional de consulta.**

**Manifiesta que actualmente, ya fueron expedidas las respectivas listas de elegibles, las cuales ya han adquirido plena firmeza, sin embargo, a pesar de ostentar dicha firmeza a la fecha de radicación de la acción constitucional no se ha realizado ninguno de los respectivos nombramientos.**

**Manifiesta que, a pesar de la firmeza de las listas de elegibles, la Comisión Especial de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, anunció apertura de un nuevo concurso de méritos, donde a su vez la Universidad Libre publicó en su página web un boletín informativo número 1 de fecha 03 de marzo de 2023, donde indica que: “Se encuentra publicado el Acuerdo No 001 de 2023 para ofertar 1.056 vacantes definitivas de la planta de personal de la Fiscalía” expresando que los procesos de registro e inscripción se podrán realizar a través del aplicativo sidca2 a partir del 27 de marzo de 2023 y hasta el 18 de abril de 2023.**

**Señala que se está convocando a un nuevo concurso sin terminar el que ya se encuentra en curso y a pesar de:**

1. **No haberse nombrado a la fecha, a la primera persona en ninguno de los cargos ofertados del concurso anterior, estando vigente y en firme todas las listas de elegibles a la fecha.**

1. **Tener las listas de elegibles una duración o vigencia de dos (02) años según el artículo 35 del Decreto ley 020 de 2014.**
2. **De existir una acción popular en curso ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de radicación 2022 – 0138400, la cual aún no ha sido admitida y la cual se encuentra en el despacho de la Dra. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno, en la que se solicitaron medidas cautelares para la protección de la moralidad administrativa y patrimonio público, la cual fue radicada por un grupo de ciudadanos el día 11 de noviembre de 2022.**
3. **De existir en curso una acción pública de inconstitucionalidad ya admitida el día 17 de enero de 2023 por parte de la Honorable Corte Constitucional, Magistrado Dr. Alejandro Linares Cantillo de radicación Expediente D – 15062 contra el articulo 35 (parcial) del Decreto Ley 20 de 2014 “Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y sus entidades adscritas”.**
4. **De que el Ministerio de Hacienda recomendó a la Comisión Especial de Carrera de la Fiscalía agotar las listas de elegibles vigentes, para racionalizar los recursos, en vez de solicitar nuevos recursos para otros exámenes.**
5. **De encontrarse en desacato declarado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, confirmado por el Consejo de Estado en grado de consulta, con ocasión de la acción de cumplimiento interpuesta en su momento por el sindicato de la Fiscalía General de la Nación.**
6. **A pesar de haber culminado el término de la Sentencia SU 446 de 2011, emitida por la Honorable Corte Constitucional, que dispusiera en su literal noveno lo siguiente:**

***“NOVENO. ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación que, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la notificación de este fallo, inicie los trámites para convocar el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos y cada uno de los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad y los que se encuentren vacantes, incluidos los cargos permanentes y transitorios creados por la Ley 975 de 2005 y el Decreto 122 de 2008. En dicho concurso o concursos, la Comisión de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, al definir los factores de calificación, tendrá en cuenta la experiencia en el tipo de funciones a desempeñar”.***

**En todo caso, en un término máximo de dos (2) años contados a partir de la notificación de esta sentencia, la Fiscalía General de la Nación deberá haber culminado dichos concursos y provisto los respectivos cargos.**

**Afirma que la pretensión de la acción pública de inconstitucionalidad, es que se declare la constitucionalidad condicionada del inciso 3 del artículo 35 del Decreto Ley 020 de 2014, norma que regula la lista de elegibles en el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación, bajo el entendido de que las listas que se conformen como resultado del proceso de selección deben ser utilizadas también para proveer las vacantes preexistentes de los empleos ofertados hasta que se agoten y en consideración a su vigencia.**

**Por último señala que la realización de la nueva convocatoria traería lugar a que las decisiones que se adopten tanto en la acción popular donde se solicita la protección de la moralidad administrativa, y la demanda pública de inconstitucionalidad donde se solicita la inexequibilidad condicionada del artículo 35 del decreto ley 20 de 2014, quedaría sin efecto para la lista de elegibles en la que él se encuentra, al señalar que con el nuevo concurso se generaría una nueva lista de elegibles, lo cual a su criterio no tiene sustento lógico al no haberse nombrado a la fecha al primer ciudadano aprobado del concurso de méritos anterior.**

1. **Contestación de la tutela**

**En virtud de la contestación de la demanda la vinculada Universidad Libre señaló que la UT Convocatoria FGN 2021 está conformada por ella y por la empresa Talento Humano y Gestión S.A.S. Afirma que suscribieron un contrato de consultoría con la Fiscalía General de la Nación, identificado con el N° FGN-NC00037-2021, y que tiene como objeto *“Diseñar y desarrollar las etapas del Concurso para la provisión de empleos por mérito, en la modalidad de ascenso e ingreso, para la provisión de unos empleos vacantes de la planta global de la Fiscalía General de la Nación, pertenecientes al Sistema Especial de Carrera Administrativa”.***

 **Adicionalmente señala que la UT Convocatoria FGN 2021 al solo encargarse del desarrollo y ejecución del concurso de méritos, carece de competencia para referirse a los hechos y pretensiones de la acción de tutela presentada, al considerar que los hechos y pretensiones expuestas por el actor no están dentro del marco de obligaciones y competencias respecto al contrato de consultoría suscrito. En esa misma línea solicitó su desvinculación del trámite de la acción constitucional por no tener legitimación en la causa por pasiva.**

 **Por su parte, la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación señaló que el accionante carece de legitimación en la causa por activa, debido que no acude en representación de los integrantes de las listas de elegibles y tampoco allegó los poderes respectivos para que la legitimación en la causa por activa se cumpliera, ya que no solamente él pertenece a las listas de elegibles sino que hay otras personas.**

 **Por otra parte, señala que esta acción de tutela es improcedente, al considerar que el acuerdo N° 001 de 2023, ostenta la calidad de ser un acto administrativo general, impersonal y abstracto, y por consiguiente el mecanismo idóneo para controvertirlo es la acción pública de inconstitucionalidad.**

 **En igual medida, señala que, evidentemente el actor participó en el concurso de méritos FNG 2021 para los empleos de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito ocupando la posición 42 con un puntaje de 76,92 y Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos ocupando la posición 65 con un puntaje de 75,44; por lo cual considera que el actor no ocupó una posición de elegibilidad en función a la cantidad de vacantes ofertadas para los cuales se inscribió.**

 **Por último, señala que las vacantes ofertadas en el Concurso de Méritos FNG 2021 son diferentes a las ofertadas en el Concurso de Méritos FNG 2022, a pesar de que tengan la misma denominación, ya que, si fuesen los mismos cargos se violaría el principio de acceso a cargos públicos frente a los aspirantes que ocuparon una posición de mérito dentro de las listas de elegibles expedidas por la Comisión de la Carrera Especial en el desarrollo del concurso de méritos FGN 2021; frente a los cuales, se están realizando los nombramientos en periodo de prueba.**

 **Por lo anterior, solicita se declare improcedente o se nieguen las pretensiones de la acción de tutela, por no estar acreditada la vulneración de los derechos fundamentales del accionante.**

 **Por otra parte, la señora** Irma Yaneth Londoño Betancur, el señor Frank Heinz Sarmiento Julio, el señor Johnatan Fraydi Echavarría Ríos, el señor Luis Andrés Correa Cárdenas, la señora Daniela Beltrán Manchola, la señora Maryuri Jaime Rodríguez, el señor Leonardo Alexander Arias Villa, la señora Jemmy Johana Murcia Polania, el señor Guillermo José Pinzón Moreno y el señor Alfredo Alvis Patiño, de forma individual y a través de memoriales, presentaron coadyuvancia a la acción de tutela, señalando que le asistía razón al accionante, y por lo tanto solicitan se acceda a las pretensiones, al considerar que las acciones administrativas interpuestas no han resultado idóneas y se estaría causando un perjuicio irremediable.

1. **Sentencia de primera instancia**

La Jueza de primera instancia negó la acción de tutela interpuesta por el actor en contra de **la Fiscalía General de la Nación, la Comisión Especial de Carrera de la FGN, a la que se vinculó a la UT Convocatoria FNG 2021 y UT Convocatoria FNG 2022, las cuales se conforman por la Universidad libre y la empresa Talento Humano y Gestión S.A.S.**

**Para llegar a tal determinación, la Jueza de primera instancia determinó que no se evidenciaba vulneración de derechos fundamentales del actor, máxime cuando no han iniciado aún las inscripciones al nuevo concurso de méritos. Asimismo, señaló que el proceso de selección debe surtir todas las etapas dispuestas y tampoco se puede inferir que alguno de los nuevos aspirantes ocupe las plazas a las que el actor pretende acceder.**

**Adicionalmente, advirtió que, si bien el integrar la lista de elegibles comporta para el aspirante un derecho de carácter subjetivo, en el presente el concurso se rige y está restringido por los límites de la convocatoria, que es la norma que rige el concurso. A su vez señala que la consolidación del derecho se encuentra determinado por el lugar que se ocupa dentro de la lista de elegibles y el número de plazas o vacantes a proveer, por lo cual concluye que la apertura de un nuevo concurso no presenta vulneración alguna a los derechos fundamentales del actor.**

1. **Impugnación**

**El señor Mario Alberto Ramírez Mendoza, a través de escrito de impugnación, solicita sea revocado el fallo de primera instancia y en su lugar se accedan a las pretensiones de la acción de tutela.**

**Considera el actor que el Juzgado incurrió en una indebida sustentación de fallo, al señalar que se citan varías jurisprudencias, las cuales no se aplican al caso concreto al momento de resolver el problema jurídico. A su vez, señala que mediante auto A-628 de 2019 se estableció que las disposiciones tomadas en la sentencia SU-446 de 2011 se habían proferido en el marco de una realidad institucional muy diferente a la que hoy se tiene en la entidad.**

**Menciona adicionalmente que propuso como problema jurídico la suspensión transitoria del concurso de méritos 01 de 2022, siendo procedente la acción de tutela, pues lo que se busca es evitar un perjuicio irremediable.**

1. **CONSIDERACIONES**
	1. **Competencia**

Esta Sala es competente para conocer de la presente acción constitucional, ya que el Tribunal es superior funcional del Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas.

* 1. **Problema jurídico a resolver**

Teniendo en cuenta las circunstancias que dieron lugar al ejercicio de esta acción, le compete a esta Sala establecer si la Fiscalía General de la Nación y la Comisión Especial de Carrera de la FGN, a la que se vincularon la Universidad Libre, la UT Convocatoria FNG 2021 y la UT Convocatoria FNG 2022 vulneraron los derechos fundamentales a la confianza legítima, carrera administrativa y acceso a cargos públicos del señor Mario Alberto Ramírez Mendoza, y si se configura en el caso concreto la figura de improcedencia de la acción de tutela, como lo argumenta la accionada.

* 1. **Presupuestos generales de procedencia**

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, y en concordancia con los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto-Ley 2591 de 1991, a fin de determinar la procedencia de la Acción Constitucional de Tutela, se debe observar se cumplan los siguientes elementos: (i) la legitimación en la causa (activa y pasiva); (ii) la inmediatez; y (iii) la subsidiariedad.

* + 1. **Legitimación por activa.**

El artículo 86 consagrado en la Constitución Política de 1991, advierte que la acción de tutela es un mecanismo que tiene como objetivo la protección de los derechos fundamentales que han sido vulnerados o se encuentran amenazados. Esta acción puede ser formulada por el afectado directamente, o a través de un tercero que asuma la representación y la agencia de sus intereses ante el juez constitucional.

**Para el presente caso observa la Sala que el señor Mario Alberto Ramírez Mendoza, se encuentra legitimado en la causa por activa** teniendo en cuenta que la acción de tutela la presenta a nombre propio, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la confianza legítima, carrera administrativa y acceso a cargos públicos.

* + 1. **Legitimación por pasiva**.

La legitimación por pasiva se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando ésta resulte demostrada.

Para el presente caso, encuentra la Sala que la Fiscalía General de la Nación, la Comisión Especial de Carrera de la FGN, a la que se vincularon la Universidad Libre, la UT Convocatoria FNG 2021 y la UT Convocatoria FNG 2022 son demandables a través de la presente acción constitucional al ser quienes presuntamente vulneraron los derechos fundamentales a la confianza legítima, carrera administrativa y acceso a cargos públicos del señor Mario Alberto Ramírez Mendoza.

* + 1. **Inmediatez.**

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, la acción de tutela tiene como objetivo la protección inmediatade los derechos fundamentales que sean vulnerados o amenazados. De acuerdo con lo anterior, se debe establecer que la jurisprudencia de la Corte Constitucional indicó que la procedencia de la actuación constitucional está supeditada al cumplimiento del requisito de inmediatez. Es decir que, por regla general, para que proceda la acción de tutela no puede transcurrir un periodo de tiempo excesivo, irrazonable o injustificado, después de la actuación u omisión que dio lugar a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales.

Seguidamente, la Corte Constitucional ha precisado que, si bien la acción de tutela no tiene término de caducidad, la solicitud debe formularse en un plazo razonable desde el momento en el que se produjo el hecho vulnerador o la amenaza. La jurisprudencia señala que, de acuerdo con los hechos del caso, corresponde a la autoridad judicial establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial.

Analizando el presente caso, se tiene que el día 3 de marzo de 2023 a través de la página web de la Fiscalía General de la Nación y de la Universidad se publicó la apertura de un nuevo concurso de méritos, mediante la cual se ofertaban 1.056 vacantes en la modalidad ascenso e ingreso; seguidamente el accionante presentó acción de tutela la cual fue admitida mediante auto del día 10 de marzo de 2023 por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas. En consecuencia, se advierte que se cumple el requisito de inmediatez, pues la acción de tutela se formuló en un tiempo razonable.

* + 1. **Subsidiariedad**

**El inciso 4 del artículo 86 de la Constitución Política de 1991, establece el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y determina que “*esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”. Por lo anterior, se infiere que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resultan idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe acudir a ellos y no a la tutela.**

**En este caso, el accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales** a la confianza legítima, carrera administrativa y acceso a cargos públicos, razón por la cual presenta acción de tutela al supuestamente configurarse en su contra un posible perjuicio irremediable. En atención de lo anterior, advierte la Sala, se debe analizar la procedencia de la acción de tutela contra el concurso de mérito, análisis que se hace a continuación.

1. **Acción de tutela y su procedencia contra concursos de méritos**

**El artículo 125 de la Constitución Política de 1991 establece:**

**Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.**

**Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.**

**El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.**

**El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.**

**En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.**

**Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.**

 **Adicionalmente, el numeral 7 del artículo 40 de la constitución política de 1991 establece:**

**Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:**

**Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.**

 A su vez, la sentencia T-425 del año 2019, respecto al derecho de acceder a cargos públicos, la Corte constitucional dispuso:

***“La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a acceder a un cargo público consiste en la prerrogativa que tiene toda persona de presentarse a concursar, luego de haber acreditado los requisitos previstos en la respectiva convocatoria, y, una vez superadas las etapas del concurso, a evitar que terceros restrinjan dicha opción. Ciertamente, el ámbito de su protección se circunscribe a “la posesión [hace referencia al acto de posesión en un cargo público] de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo”, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para posesionar a la persona que ha cumplido con las exigencias previstas por el concurso, (iii) la facultad del concursante de elegir de entre las distintas opciones de cargos públicos disponibles, de ser el caso, aquella que más se ajuste a sus preferencias y (iv) la prohibición de “remover de manera ilegítima” a una persona que ocupa un cargo público”.***

Por otra parte, la sentencia T-081 de 2022, respecto a la procedencia de la acción de tutela, contra actuaciones derivadas de un concurso de méritos determinó:

***“Precisamente, la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial para resolver los asuntos que se derivan del trámite de un concurso de méritos, en especial, cuando en este ya se dictaron actos administrativos de contenido particular y concreto que generan derechos individuales y ciertos, con ocasión de la firmeza de la lista de elegibles, los cuales pueden ser objeto de debate en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que, además, se puede solicitar la suspensión provisional de los efectos de dichos actos”.***

**En esa misma línea, la Corte determinó lo siguiente:**

***“el amparo tutelar procede de manera definitiva, (i) si el empleo ofertado cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley; (ii) si se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles; (iii) si el caso tiene una marcada relevancia constitucional; y (iv) si resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario, en respuesta a las condiciones particulares del accionante”.***

 **Por su parte, la sentencia T-682 del año 2016, la Corte Constitucional dispuso:**

***En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente. No obstante, lo anterior, el precedente de la Corte ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, no son los mecanismos idóneos y eficaces, en razón del prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener.***

En síntesis, se advierte que se encuentra superado el requisito de subsidiariedad respecto a la acción de tutela que ocupa la atención de la Sala.

1. **Caso concreto**

**El señor Mario Alberto Ramírez Mendoza en calidad de accionante, acude a la vía de tutela con el propósito de que se protejan sus derechos fundamentales a** la confianza legítima, carrera administrativa y acceso a cargos públicos, los cuales considera han sido vulnerados por parte de la Fiscalía General de la Nación y la Comisión Especial de la Carrera de la Fiscalía, al promover un nuevo concurso de méritos aun cuando asegura, no se ha nombrado ninguna persona del concurso FNG 2021, en el que ya existe listas de elegibles en firme.

**Es por esto que solicita se suspenda de forma inmediata el concurso de méritos FNG 2022, hasta que sean decididas las acciones administrativas y demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentadas por otras personas, el cual se desarrolla debido al acuerdo 001 de 2023, mediante la cual se ofertan 1.056 vacantes definitivas de la planta de personal de la fiscalía, esto con el fin de evitar un perjuicio irremediable.**

 Por su parte, las accionadas señalan que no existe vulneración a derechos fundamentales del actor, debido a que, si bien este hace parte de las listas de elegibles, consideran que el accionante no ocupó una posición de elegibilidad. A su vez, señalaron **que las vacantes ofertadas en el Concurso de Méritos FNG 2021 son diferentes a las ofertadas en el Concurso de Méritos FNG 2022, a pesar de que tengan la misma denominación, ya que, si fuesen los mismos cargos se violaría el principio de acceso a cargos públicos frente a los aspirantes que ocuparon una posición de mérito dentro de las listas de elegibles expedidas por la Comisión de la Carrera Especial en el desarrollo del concurso de méritos FGN 2021. Adicionalmente menciona que se están realizando los nombramientos en periodo de prueba de dichas listas de elegibles.**

**La Jueza de primera instancia determinó que no se evidenció vulneración de derechos fundamentales del accionante, al considerar que el proceso de selección debe surtir todas las etapas dispuestas y era imposible inferir que alguno de los nuevos aspirantes ocupara las plazas a las que el actor pretende acceder.**

**A su vez, señala que el hecho de integrar la lista de elegibles comporta para el aspirante un derecho de carácter subjetivo, debido a que los concursos de mérito se rigen y están restringido por los límites de la convocatoria, que es la norma que rige el concurso, razones que consideró suficientes para negar el amparo solicitado.**

**Inconforme con esta decisión, el accionante solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia y en su lugar, se tutelaran sus derechos fundamentales. Alega que existió una indebida sustentación del fallo, señalando que la Jueza de Primera instancia basó su fallo en la sentencia SU-446 de 2011; sentencia que mediante auto A-628 de 2019 se mencionó que las disposiciones tomadas se habían proferido en el marco de una realidad institucional muy diferente a la que hoy se tiene en la entidad. Es por esto que solicita se acceda a sus pretensiones, se protejan sus derechos fundamentales y se suspenda de forma inmediata el nuevo concurso de méritos FNG 2022.**

**Para resolver el problema jurídico de esta acción, previamente es necesario hacer un recuento de las actuaciones surtidas en el concurso de méritos, objeto de este amparo, así:**

1. **Se expidió acuerdo N°001 de 16 de julio de 2021, mediante el cual se dio apertura a concurso de méritos para proveer 500 vacantes definitivas provistas en provisionalidad, en las modalidades de ascenso e ingreso.**
2. **El señor Mario Alberto Ramírez Mendoza participó en dicho concurso, realizando el respectivo examen y cumpliendo con los parámetros establecidos en el concurso.**
3. **El señor Mario Alberto Ramírez Mendoza, luego de aplicados los respectivos exámenes obtuvo los siguientes resultados:**
* **Para el empleo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito, identificado con el código 1-102-10-(22) en la modalidad de ingreso ocupó la posición No. 42 con un puntaje definitivo de 76,92 en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 0042 del 12 de diciembre de 2022. Dicha lista se conforma para proveer 22 vacantes.**

* **Para el empleo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, identificado con el código 1-103-10-(40), en la modalidad de ingreso ocupó la posición No. 65 con un puntaje definitivo de 75,44 en la lista de elegibles conformada mediante la resolución N° 0002 del 26 de enero de 2023. Dicha lista se conforma para proveer 40 vacantes**
1. **El 3 de marzo de 2023, a través de boletín informativo se dio a conocer apertura de concurso de méritos en la modalidad de ascenso e ingreso a través del acuerdo N° 001 de 2023, mediante el cual se ofertan 1.056 vacantes.**
2. **El actor considera que la apertura del nuevo concurso de méritos vulnera sus derechos fundamentales, al desconocer las listas de elegibles en firme del concurso FNG 2021, razón por la cual pretende que se suspenda el nuevo concurso FNG 2021.**

**A continuación, la Sala entra a determinar si la presente acción de tutela cumple lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-081 de 2022**[[1]](#footnote-1)**:**

1. ***“Si el empleo ofertado cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley”:* El presente caso no cumple esta regla, debido a que el accionante concursó para los empleos de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito y Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos y ni en la constitución ni en la ley existe para estos empleos un periodo fijo determinado.**
2. ***“Si se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles”:* En el presente caso no se evidencia el cumplimiento de esta regla, máxime cuando hay evidencia de que el actor no ocupa el primer lugar en las listas de elegibles pues para el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito, ocupó la posición No. 42 habiendo sólo 22 vacantes para proveer; y para el cargo Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, ocupó la posición No. 65, cuya lista se conformó para proveer 40 vacantes.**
3. ***“Si el caso tiene una marcada relevancia constitucional”:* En el presente caso dicha relevancia constitucional tiene que ser dirimida por la propia Corte Constitucional debido a que en este momento está en trámite demanda pública de inconstitucionalidad en esa alta Corporación, con el radicado N° 15062, Magistrado ponente Dr. Alejandro Linares Cantillo, en el cual ha sido recepcionado concepto por parte del Procurador General de la Nación. De manera que esta acción de tutela no puede suplir la competencia de la Corte Constitucional.**
4. ***“Si resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario, en respuesta a las condiciones particulares del accionante”:* Esta subregla tampoco se cumple, ya que el accionante no allegó prueba que acreditará condición especial alguna, como edad, condiciones de salud, vulnerabilidad manifiesta, entre otros, que le impida acudir al mecanismo ordinario, máxime cuando ni siquiera ocupa los primeros puestos en las listas de elegibles, tal como se vio líneas atrás.**

 **Por lo anteriormente expuesto, no se concreta la configuración de un perjuicio irremediable, así como tampoco se evidencia vulneración a derechos fundamentales del actor. Adicionalmente se advierte que no se acreditó que con el nuevo concurso de méritos FGN 2022 se fuera a dejar sin efecto alguno las listas de elegibles en firme del concurso de méritos FGN 2021.**

 **En esa misma línea, respecto a la pretensión del accionante de suspender el concurso de méritos FGN 2022, se debe dejar en claro que la misma se torna improcedente, debido a que como se señaló anteriormente, no se acreditó la configuración de un perjuicio irremediable ni vulneración a derechos fundamentales hacia el accionante que permitiese la acción inmediata del juez constitucional. Por otra parte, considera la Sala importante aclarar, que respecto a esta pretensión, es decir, la suspensión del nuevo concurso de méritos FGN 2022, esta se puede solicitar desde la radicación de la demanda de los medios de control de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.**

 **Por lo expuesto anteriormente, se confirmará el fallo de primera instancia, mediante el cual se negó las pretensiones solicitadas por el accionante.**

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida el 23 de marzo de 2023, por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, tal como se explicó en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Notifíquese la decisión a las partes por el medio más eficaz.

**TERCERO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

 La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

1. Reza la **sentencia T-081 de 2022: “el amparo tutelar procede de manera definitiva, (i) si el empleo ofertado cuenta con un periodo fijo determinado por la Constitución o por la ley; (ii) si se imponen trabas para nombrar en el cargo a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles; (iii) si el caso tiene una marcada relevancia constitucional; y (iv) si resulta desproporcionado acudir al mecanismo ordinario, en respuesta a las condiciones particulares del accionante”** [↑](#footnote-ref-1)