

Yopal, primero (1º) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Ref.: TUTELA. Auto. ALIRIO CALDERÓN PERDOMO Vs. PGN. Concurso procuradores judiciales II (convocatorias Resolución 40 de 2015). Impedimentos. Radicación 850012333002-2016-00196-00. Admisión, vinculación de terceros con interés directo y medida cautelar. Protección reforzada de víctima de conflicto armado interno e identificación de *margen de maniobra* de la autoridad nominadora.

Magistrado ponente: NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

#### ASUNTO POR RESOLVER

Se trata del impedimento expresado por el funcionario al que se le asignó la demanda. Se declarará fundado, habrá desplazamiento de ponente, se avocará conocimiento para admitirla y proveer medidas cautelares.

#### ANTECEDENTES

Repartida la demanda constitucional de la referencia al magistrado José Antonio Figueroa Burbano, ha manifestado impedimento para conocer en virtud de "amistad estrecha" que le "impide garantizar imparcialidad en el proceso referenciado", en el que el abogado Calderón Perdomo actúa en causa propia, a diferencia de lo que ocurre con los procesos en que funge como agente del Ministerio Público. Invoca la causal 9ª del art. 141 del CGP y un pronunciamiento de la Sección Quinta del Consejo de Estado, fundada en su homóloga del art. 150 del CPC<sup>1</sup> (fol. 93).

#### CONSIDERACIONES

1ª Carga de transparencia. Del magistrado ponente podría predicarse similar presupuesto objetivo o fáctico para que se declare impedido o lo recusen, pues sirve en este Tribunal desde hace varios años, con notoria antelación al arribo del procurador Calderón Perdomo a ejercer sus funciones ante la Corporación.<sup>2</sup>

No obstante, la *percepción subjetiva y personalísima* de la relación con el actor y del *grado de amistad* que pudiera unirlo al mismo, son diferentes; se trata de una *cordial, cercana y frecuente comunicación* en el plano funcional, con esporádicas coincidencias en sitios públicos en actividades cotidianas, sin nexos de familiaridad o camaradería en los ámbitos personal, familiar o social, de los que pueda derivarse *amistad íntima o estrecha*, ni perturbación del ánimo para fallar como deba hacerse y se hará, sin consideración a la *persona*, ni a su actual investidura, ni variables emocionales de especie alguna. Por ello no se aparta del conocimiento, ni lo hizo en ocasión reciente respecto de otra demanda constitucional.<sup>3</sup>

2ª El ingrediente objetivo y la percepción subjetiva de los impedimentos. La Sala ha recorrido con mesura el análisis de impedimentos de jueces y magistrados de este Distrito, dado que al cumplimiento del deber funcional puede resultar opuesto un estado de ánimo que podría

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 17-07-2014 110010328000-2014-00022-00 Susana Buitrago Valencia.

<sup>2</sup> El magistrado Briceño Chiriví estuvo a cargo del Juzgado Segundo Administrativo de Yopal desde su creación (2006) hasta febrero de 2016; ahora integra la Sala, en provisionalidad. Y está conociendo de tutela del procurador judicial I asuntos administrativos (Pérez Figueredo), quien durante varios años actuó ante su despacho de primer grado.

<sup>3</sup> Instaurada por el procurador José Luis Barrios Arrieta, quien fue procurador judicial II asuntos administrativos ante este Tribunal, durante varios años, en paralelo con la investidura del magistrado ponente (tutela 2016-00187-00).

dar pábulo a que se ponga en duda la imparcialidad del funcionario con desmedro de la credibilidad de la Justicia, o a que consciente o inconscientemente el juez adopte un rigor que jurídicamente no corresponda para expulsar del íntimo convencimiento esa suspicacia.

Así lo ha indicado en conflictos ordinarios y populares:

3ª Los lineamientos abstractos que se aplicarán al caso fueron fijados en otra ocasión en los siguientes términos:

Esta colegiatura aprecia y resalta la transparencia del funcionario que ha expresado el impedimento, pues el solemne ejercicio de la judicatura no solo ha de ser sino que también tiene que *parecer* enteramente imparcial para todas las partes del conflicto.

No obstante, aunque suele ser suficiente la *percepción* que el juez tenga acerca de los ingredientes subjetivos de una causal para separarse del conocimiento para que sus colegas deduzcan y acojan los pertinentes efectos, cuando se ponen de presente los *hechos* de los que se desprende tal inferencia, compete a la Sala ponderarlos acorde con los principios, valores y disposiciones que rigen esta institución que preserva la dignidad de la toga.

[...] 6ª En dichas circunstancias, no vislumbra esta Sala identidad suficiente entre los supuestos de hecho y los normativos que se identifican a primera vista para deducir *interés indirecto* del magistrado [...] en el juzgamiento de la situación del exmagistrado [...], como para que pueda a su vez suponerse una perturbación del ánimo (perspectiva subjetiva o interna) o de la percepción externa de la imparcialidad misma (arista objetiva) que le impida conocer del asunto.

[...] Si ello no es palmario, acoger la espontánea manifestación de impedimento podría dar pábulo a que se construyan artificiosas recusaciones que dejarían la suerte de todos esos litigios en una especie de jurisdicción paralela conformada por los distinguidos conjuces en todos los niveles, con probable desmedro de la celeridad de los juicios, cuando todos los ciudadanos, jueces y exjueces incluidos, tienen derecho a que su Justicia sea una y uniforme: como lo expresa el imaginario clásico, *ciega a las particularidades de los justiciables*, en cuanto ellas puedan influir el ánimo de una manera diferente a la que autorice el sistema de fuentes<sup>4</sup>. [...]<sup>5</sup>

5ª Definido el marco dogmático, el impedimento será examinado con lectura estricta y restrictiva del sistema de fuentes, pues entran en tensión dos valores igualmente relevantes: preservar la imparcialidad del juzgamiento y precaver que por motivos diferentes a los que la Carta o la ley hayan definido expresa y precisamente, un funcionario pueda ser separado del conocimiento, por iniciativa de las partes o propia; lo primero por vía de recusación, cuya eventual temeridad tiene atribuidos correctivos punitivos<sup>6</sup>.

3.1 Prudencia que adicionalmente tiene que extremarse tratándose de tutelas cuya celeridad impone interpretación estricta y restrictiva de las causales de impedimento; si toda la Sala lo declara por las prevenciones de la *frontera difusa* entre los hechos y las percepciones, el trámite ante el superior funcional no permitirá, por máxima rapidez que se imprima, admitir oportunamente la demanda; examinar aristas relativas a medidas cautelares eficaces y fallar dentro del perentorio término que fija la Carta Política.

<sup>4</sup> Ideal que por lo demás tampoco es absoluto en estos tiempos, en los que el juez tiene que tener bien abiertos los ojos y los oídos, para comprender su contexto histórico y su lugar en el mundo; examinar las consecuencias de sus fallos y honrar principios y valores no todos ellos codificados. No de otra manera podría deducir toda la riqueza de mandatos como el del art. 13 de la Carta, ni apropiarse de su magnífica función de juez constitucional en sede de tutela, la que quizá más legítima la toga desde 1991 en su doble connotación de *actor de poder* en su sentido técnico y de transformador social en pos de un Estado Justo.

<sup>5</sup> TAC, auto del 1º de noviembre de 2012, ponente Néstor Trujillo González, radicado 2012-00245-00. Reiteración en auto del 9 de diciembre de 2013, reparación a grupo, radicación 850013331001-2013-00300-01 y del 4 de febrero de 2014, popular radicado 850012331001-2011-00047-00, del mismo ponente. En el último se estudió la arista específica para casos C.C.A.

<sup>6</sup> TAC, auto del 25 de agosto de 2014, Néstor Trujillo González, radicación 850012331001-2007-00719-00.

4ª Dicho lo anterior, debe precisarse que en tutela las causales de recusación e impedimentos son las que consagra el Código de Procedimiento Penal, por expresa remisión del art. 39 del D.L. 2591 de 1991. En ese estatuto (art. 56-5) existe una con similar configuración normativa a la que hace valer el funcionario que se declara impedido.

4.1 Respecto del alcance de la *manifestación personalísima del grado de amistad* (o hipotéticamente de enemistad) con alguno de los sujetos procesales, la judicatura se inclina por *darle entera credibilidad al funcionario*, sin exigir prueba de hechos que la constituyan o revelen objetivamente ante la comunidad, ni de la reciprocidad de los sentimientos de afecto o desafecto con el otro, a diferencia de lo que ocurre con quien *recusa*, pues tendrá la carga de probar los presupuestos fácticos a que haya lugar; se otorga así máxima eficacia a la *percepción* que el juez sienta en su ánimo, pues ha de presumirse siempre que obra con entera responsabilidad, no para sustraerse de deberes funcionales.

Así lo han precisado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y varias de sus secciones, a saber:

Las causales de impedimento, establecidas en el artículo 141 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tienen como propósito garantizar la imparcialidad y la objetividad de las decisiones que adopte el juez. El numeral 9 del 141 del CGP citado dispone que el juez deberá apartarse del conocimiento del proceso, por el hecho de "existir enemistad grave o amistad íntima" con alguna de las partes, su representante o apoderado. La Sala ha sostenido que la sola manifestación de la amistad íntima o enemistad grave entre el Juez y alguna de las partes, su representante o apoderado, por tratarse de una causal subjetiva, es suficiente para que la misma se configure.<sup>7</sup>

5ª En consecuencia, dada la particular concurrencia de la *percepción* que el magistrado Figueroa Burbano tiene y expresa acerca de su *amistad estrecha* con el actor constitucional, con el hecho de estar el procurador Calderón Perdomo actuando en causa propia y por su propio interés, la Sala declarará fundado el impedimento, lo separará del conocimiento y lo avocará el magistrado que sigue en turno, quien ahora es ponente del auto y lo seguirá haciendo hasta otra novedad relevante.

#### 6ª Admisión de la demanda, requerimientos e impulso

6.1 Vistos sus requisitos de forma y fondo, se admitirá. Se dirige contra la PGN con específica pretensión de obtener mandato tuitivo que impida la **provisión del cargo de procurador judicial II para asuntos ambientales y agrarios** sede YOPAL, por tres contingencias fácticas que el actor ha expuesto: i) ser víctima del conflicto armado interno, reconocido en los términos de la Resolución 2015-240715 del 20 de octubre de 2015, registro FUD-BF000201365; ii) ser inferior el número de aspirantes a ese perfil que aprobaron el concurso de méritos convocado por la PGN. Consecuencialmente aspira a que se le permita continuar en servicio en dicha plaza *vacante* en situación de provisionalidad; y iii) estar el empleo *vacante* todavía, con las funciones asignadas al actor, quien ocupa, además, el de procurador judicial II asuntos administrativos, el que no está en discusión.

<sup>7</sup> Sala Plena Contenciosa, auto del 26-01-2016, Guillermo Sánchez Luque, radicación 2015-02504-00; Sección Primera, auto del 11-12-2015, Guillermo Vargas Ayala, radicación 2014-00421-00 y Sección Tercera (A), auto 28194 del 9 de julio de 2014, Carlos Alberto Zambrano Barrera. En el impedimento se cita otro de la Sección Quinta, ya identificado. Hay varias decenas en Relatoría del Consejo de Estado.

6.2 Requerimientos. La PGN deberá pronunciarse clara, expresa y oportunamente sobre los hechos de la demanda que conciernen a sus actuaciones institucionales, advertida de efectos de la renuencia que hará que se presuman ciertos, sin más averiguaciones.

Indicará además: i) número de plazas de procurador judicial II para asuntos ambientales y agrarios que existan en la planta global de empleos; ii) número de ellas que ya estén provistas, con funcionario en propiedad seleccionado en virtud de concurso de méritos, posesionado; iii) número de ellas que estén comprometidas para mantener en provisionalidad funcionarios amparados por mandatos de tutela que así lo dispongan inequívocamente, de los cuales acompañará copia y acto de ejecución; iv) número de concursantes que hayan superado el concurso de méritos, derivado de la Resolución 40 de 2015, convocatoria 002-2015, específicamente para dicho perfil; y v) número de plazas de dicho perfil o nomenclatura que existan en YOPAL y en qué situación administrativa se encuentran (vacantes, con encargo o asignación de funciones, provisionalidad u otras).

6.3 Medida cautelar. Provee la Sala conforme a los mandatos de los arts. 125 y 243 CPACA, por las razones expuestas en auto reciente (tutela 2016-00187-00, interlocutorio del 18-VIII-2016) frente a un trámite constitucional similar.

6.3.1 Se decretará porque basta comparar los términos de la convocatoria 002-2015, para proveer **31 empleos**, con el de aspirantes que superaron el concurso, según Resolución 348 de 2016, esto es, **28 personas**, para saber que hay por lo menos **tres disponibles** como *margen de maniobra* de la autoridad nominadora para sortear situaciones de protección constitucional reforzada de algunos servidores actualmente vinculados en provisionalidad.

6.3.2 Además, en proveído colegiado que adoptó similar determinación respecto de otro procurador judicial II, señaló esta Corporación:

3.3 Esa realidad fáctica, que fluye de la comparación del número de plazas con la del registro de elegibles para el perfil de procurador II judicial penal, que la PGN *anuncia* tendrá en cuenta para el empleo que ocupa el actor, *hace necesario adoptar la medida cautelar*, con vigencia hasta el fallo de primer grado en el que se proveerá lo que corresponda, por una sola razón: *precaver que la sentencia resulte inocua* o su hipotético mandato tuitivo comprometa derechos subjetivos de otras personas, provocando nuevo conflicto.

3.4 La Sala estima razonable la cautela; el fallo sobrevendrá en estrictos términos fijados por la Carta y la espera que deba respetar la autoridad nominadora no entorpecerá indefinidamente la provisión del empleo, uno (1) entre noventa y cuatro (94), ni contraría el fallo constitucional C-101 de 2013 que ordenó adelantar el concurso, ni lo perturba. Si la PGN se ha tomado tres (3) años para cumplir esa sentencia, no se ve por qué no pueda diferirse eventual nombramiento hasta nueve (9) días más. Ni puede presumirse cuál será la decisión de fondo; simplemente, si llegarse a otorgar amparo transitorio, como se pidió, mantendrá el *statu quo* mientras el juez natural provee medidas cautelares propias o fallo; y en caso contrario, levantará la cautela<sup>8</sup>.

6.4 Vinculación de terceros. Todos los integrantes de la lista de elegibles adoptada por Resolución 348 de 2016 *podrían tener interés* en el resultado de este litigio constitucional; serán convocados de inmediato para que si lo desean comparezcan y hagan valer sus derechos.

<sup>8</sup> TAC, auto del 18 de agosto de 2016, Néstor Trujillo González, radicación 850012333000-2016-00187-00 (Barrios Arrieta Vs. PGN).

Para ello se ordenará que el CENDOJ – Rama Judicial, la PGN y la Secretaría del Tribunal PUBLIQUEN el aviso relativo a la existencia de este proceso y el texto de este auto en sus portales digitales, para la debida publicidad, dado que no es factible buscarlos uno por uno, con desmedro de la celeridad de la actuación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Casanare, en Sala de Decisión,

RESUELVE:

1º Aceptar el impedimento expresado por el magistrado José Antonio Figueroa Burbano, declararlo separado del conocimiento y asignar el proceso a quien ahora actúa como ponente, sin perjuicio de la pertinente compensación en reparto. De ello se ocuparán Presidencia y Secretaría conforme al reglamento vigente.

2º Admitir la acción de tutela instaurada por ALIRIO CALDERÓN PERDOMO contra la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

3º A título de medida cautelar, ORDENAR a la autoridad nominadora de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN que suspenda hasta nueva orden judicial las actuaciones administrativas orientadas a proveer el cargo de **procurador judicial II asuntos ambientales y agrarios sede YOPAL**, cuyas funciones tiene asignadas el actor. Si ya se produjo nombramiento, se abstendrá de continuar trámites para posesión, mientras la medida subsista.

4º CONVOCAR al proceso como terceros con interés directo en el asunto a *todos los integrantes de la lista de elegibles para el cargo de procurador judicial II asuntos ambientales y agrarios*, indicados en las Resolución 348 de 2016, expedida por el procurador general de la Nación.

4.1 Para dichos efectos la Secretaría publicará, simultáneamente con el estado, *aviso* en el tablero electrónico institucional (avisos a la comunidad), con la copia anexa completa de este auto; igualmente, remitirá al CENDOJ el mismo documento en medio digital, para su publicación en la página de la Rama Judicial (noticias relativas a decisiones en tutelas, dirigidas a todo el país, sin sujeción a sede de despacho judicial) y a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN para inserción en los avisos de novedades de las convocatorias del concurso para procuradores judiciales II (Resolución 40-2015; convocatoria 002-1015), los cuales deberán durar fijados hasta cuando se comunique fallo en firme por esta Corporación, o por el superior funcional, si fuere impugnado.

4.2 Se previene a dichos terceros interesados que podrán comparecer al proceso, si lo desean, dentro de los **tres (3) días** siguientes a la publicación del aviso en este Tribunal, para pronunciarse sobre las posiciones de las partes y en general, ejercer derecho a defensa de sus propios eventuales derechos. Se oirá a quienes comparezcan oportunamente y se fallará con ellos.

5° Por Secretaría, y por el medio más expedito, notifíquese la decisión adoptada a la autoridad accionada, a quien se le correrá traslado de la demanda y sus anexos, para que cumpla el deber de pronunciarse acerca de los hechos, atienda los requerimientos específicos de información y prueba, los cuales son ineludibles; en el mismo plazo, si lo desea, podrá ejercer su derecho a la defensa, conforme con las precisiones señaladas en la motivación. Término: **tres (3) días**.

6° Notifíquese personalmente este proveído al procurador general de la Nación, mediante mensaje de datos al buzón de la PGN (notificaciones judiciales), pues el actor es su agente ante este Tribunal e infórmese al defensor del pueblo –seccional Casanare- sobre la admisión de esta demanda, a fin de que se pronuncien en lo que a bien tengan.

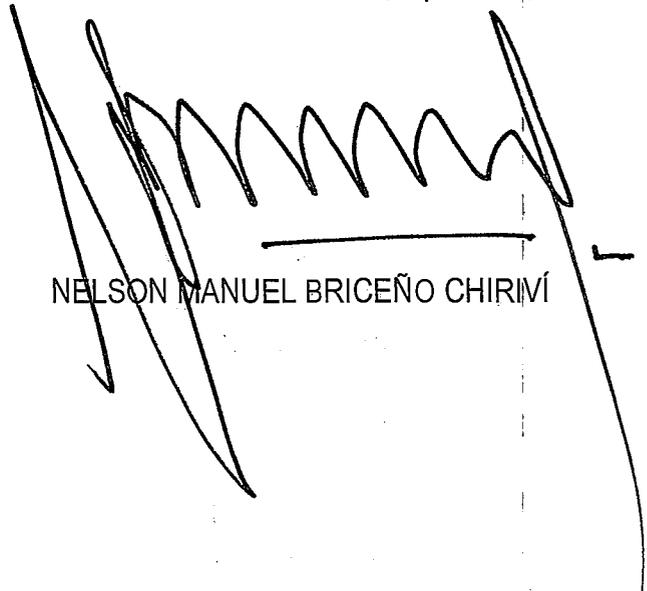
**Notifíquese** mediante anotación en el estado.

(Aprobado en Sala de la fecha, acta . Tutela procurador Calderón Perdomo Vs. PGN, impedimento, admisión, medida cautelar, impulso; hoja de firmas 6 de 6).

Los magistrados,



NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ



NELSON MANUEL BRICEÑO CHIRIMÍ