

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Magistrado Ponente: Luz Stella Alvarado Orozco

Santiago de Cali, veintitrés (23) de Agosto de dos mil dieciséis (2016).

Proceso No : 76-001-23-33-011-2016-01246-00

Acción : TUTELA

Accionante : Alberto Andrés Gómez Amín

Accionados : Procuraduría General de la Nación
Universidad de Pamplona

SENTENCIA N° 26

Objeto de la providencia:

Se decide mediante la presente Sentencia, la acción de Tutela interpuesta por el señor Alberto Andrés Gómez Amín en contra de la Procuraduría General de la Nación y la Universidad de Pamplona, en atención a la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso.

1. Hechos Relevantes.

1.1. Desde el 19 de agosto de 2014 el señor Alberto Andrés Gómez Amín ocupa en condición de provisionalidad el cargo de “*Procurador 6 judicial II Apoyo Víctimas de Barranquilla*”, Código 3 PJ – Grado EC el cual hace parte de la planta de cargos de la Procuraduría General de la Nación y tiene como sede el Distrito de Barranquilla.

1.2. De acuerdo a la distribución de la planta de cargos de la Procuraduría General de la Nación, actualmente, en el territorio nacional, existen 208 cargos de Procurador Judicial II (código 3PJ – EC) adscritos a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, dentro de los cuales se incluye el cargo de Procurador 6 Judicial II Apoyo Víctimas de Barranquilla.

1.3. No obstante, a juicio de las integrantes de la parte accionante el cargo de Procurador 6 Judicial II Apoyo Víctimas de Barranquilla, no se encuentra adscrito a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, toda vez que fue creado en virtud de lo dispuesto por el decreto 2246 de 2011.

En dicho decreto, el Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias modificó la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación con el propósito de atender los parámetros fijados por las leyes 1424 de

2010 y 1448 de 2011, las cuales dispusieron la asignación de funciones específicas a esta entidad en materia de la defensa de los derechos de las víctimas del conflicto armado a la verdad a la justicia y a la reparación.

En este contexto, dentro de las medidas adoptadas, se crearon entre otros el cargo de Procurador Judicial II de Apoyo a Víctimas (código 3PJ – EC) que actualmente ocupa el accionante.

1.5. El 20 de enero de 2015 el Procurador General de la Nación profirió la resolución N° 040, por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria para proveer los cargos de carrera de Procuradores Judiciales de la entidad.

Dicha convocatoria tiene como propósito la provisión de 744 cargos, de los cuales 317 corresponden a Procuradores Judiciales I (código 3PJ – EG) y 427 a Procuradores Judiciales II (código 3PJ –EC) que se encuentran distribuidos en la planta de personal de la entidad a nivel nacional.

1.6. En desarrollo de la resolución referenciada y como parte integral de este proceso de selección, se efectuó la convocatoria N° 04-2015 con el objeto de proveer 208 cargos de Procurador Judicial II (código 3PJ – EC) pertenecientes a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales.

En dicha convocatoria se señaló que para el caso de la ciudad de Barranquilla serían objeto de provisión 11 cargos de Procurador Judicial II (código 3PJ – EC).

1.7. Mediante resolución N° 357 de 11 de julio de 2016 se configuró la lista de elegibles para la convocatoria N° 004-2015 con el objeto de proveer 208 cargos de Procurador Judicial II (código 3PJ – EC) adscritos a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, entre los cuales a consideración de la parte accionante se incluyó el de Procurador 6 Judicial II Apoyo Víctimas de Barranquilla a pesar de no hacer parte de dicha dependencia.

1.8. En el contexto fáctico descrito, la parte accionante advierte que el cargo que actualmente ocupa en la Procuraduría General de la Nación, correspondiente al de Procurador 6 Judicial II Apoyo Víctimas de Barranquilla no puede ser provisto con las personas que conforman el registro de elegibles configurado en la resolución N° 357 de 11 de julio de 2016, toda vez que dicho cargo no fue objeto de convocatoria en la resolución N° 040 de 20 de enero de 2015.

2. Pretensiones.

La parte accionante solicita que se tutelen sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad y en consecuencia se ordene a la Procuraduría General de la Nación que se abstenga de proveer mediante nombramiento en propiedad, el cargo de Procurador 6 Judicial II Apoyo Víctimas de Barranquilla mediante la utilización del registro de elegibles contenido en la resolución N° 357 de 11 de julio de 2016.

Derivado de lo anterior, solicita que se proteja su derecho a permanecer en el cargo de Procurador Judicial dada su condición de empleado público en provisionalidad.

3. Derechos fundamentales vulnerados.

Se manifestó en el escrito de tutela, que la entidad accionada ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de la parte accionante al intentar proveer el cargo de Procurador 6 Judicial II Apoyo Víctimas de Barranquilla sin haberlo sometido a convocatoria pública en el proceso de selección iniciado mediante la resolución N° 040 de 20 de enero de 2015.

Para fundamentar su posición, se señala que como consecuencia de la resolución N° 040 de 20 de enero de 2015, se estableció la convocatoria N° 04-2015 con el objeto de proveer 208 cargos de Procurador Judicial II (código 3PJ – EC) adscritos a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, entre los cuales se incluyó 11 cargos de Procurador Judicial II existentes en Barranquilla.

No obstante, en la convocatoria descrita se obvió que de los cargos ofertados en el Distrito de Barranquilla presuntamente adscritos a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, se encuentran el de Procurador 6 Judicial II Apoyo Víctimas de Barranquilla, el cual fue creado con el propósito específico de atender los requerimientos efectuados en materia de los derechos de las víctimas por las leyes 1424 de 2010 y 1448 de 2011 y por ende hacen parte de la Procuraduría Delegada para la Atención de las Víctimas del Conflicto Armado.

De esta forma, la parte accionante considera que el cargo de Procurador que actualmente ocupa en condición de provisionalidad, no puede ser provisto mediante la aplicación de la lista de elegibles conformada por la resolución N° 357 de 11 de julio de 2016 toda vez que el empleo no fue incluido en la convocatoria N° 04-2015, al no hacer parte de la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales.

4. Intervención de las entidades accionadas y los integrantes de los registros de elegibles.

4.1. Procuraduría General de la Nación.

En primer término, se advierte que los mecanismos idóneos para controvertir el proceso de selección de personal avocado con la Resolución 040 de 2015, así como el contenido de las Convocatorias derivadas de este acto administrativo, corresponde a los medios de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho y Nulidad simple consagrados en la ley 1437 de 2011, dado el carácter general e impersonal de la decisión lo que torna por demás improcedente la acción de tutela impetrada.

En ese contexto, la parte accionante utiliza a la acción de tutela como un mecanismo para subsanar su inactividad al ejercer los medios ordinarios de defensa judicial que se encontraban a su disposición.

Aunado a lo anterior, resalta que en el caso concreto no se encuentra demostrada la existencia de una amenaza a los derechos fundamentales que conlleve a la configuración de un perjuicio irremediable.

En consecuencia, en el sublite no concurren los elementos que permitan deducir la existencia o amenaza de un perjuicio y por ende la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio o definitivo para dejar sin efectos la provisión del cargo que desempeña la accionante, adicionalmente porque no existe inmediatez entre la fecha de apertura del proceso de selección (20 de enero de 2015) y la acción de tutela.

El empleo ocupado por la parte accionante fue creado por el Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias, mediante el Decreto Ley 2247 de 2011, el cual, en su artículo 1, modificó la planta de personal de ésta entidad creando, con carácter permanente 50 cargos de Procurador Judicial I y II como parte de política de atención a las víctimas del conflicto armado.

En dicho decreto, se estableció que los nuevos empleos de Procurador Judicial (I y II) se adicionaban a la planta globalizada de la entidad, y se otorgó al Procurador General de la Nación la facultad para distribuirlos mediante acto administrativo motivado, teniendo en cuenta la estructura interna de la entidad y las necesidades del servicio.

Así las cosas, los empleos de Procurador Judicial, entre estos, los creados con el Decreto 2247 de 2011, integran la planta globalizada de la Procuraduría General de la Nación y no tienen una designación específica desde su creación ya que dicha facultad corresponde a un asunto de reglamentación interna atribuida por la ley al Procurador General de la Nación y reconocida como válida por la Corte Constitucional cuando estableció la naturaleza de los cargos como de carrera administrativa.

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C - 101 del 28 de febrero de 2013, declaró inexecutable la expresión "Procurador Judicial" del numeral 2 del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, y ordenó a esta entidad convocar a concurso público, para su provisión en propiedad, de la totalidad de los empleos con esa denominación.

Es decir, el proceso de selección abierto por la Procuraduría con la Resolución N° 040 de 2015 se dio en cumplimiento estricto de una orden judicial, la cual no quedó sujeta a ninguna condición o restricción que permita abstenerse de proveer en propiedad alguno de los cargos de Procurador Judicial existente en la entidad.

Adicionalmente, en el texto de la convocatoria N° 004-2015 se indicaron las funciones esenciales del empleo, las cuales, según el Manual Específico de Funciones, contenidas en la Resolución 253 de 2012, modificada por las Resoluciones 203 de 2013, 413 de 2014, 321, 380 y 381 de 2015, corresponden al mismo propósito principal, allí descrito en la siguiente forma:

(...) Intervenir como agente del Ministerio Público ante los juzgados, fiscalías y demás autoridades judiciales y administrativas que tengan competencia en asuntos de la justicia penal ordinaria, penal militar, justicia transicional, procesos y procedimientos relativos a desplazamiento y víctimas del conflicto armado, para defender el orden jurídico, el patrimonio público, los derechos y garantías fundamentales y ejercer las funciones preventivas, de control de gestión y disciplinarias que le sean asignadas; bajo las directrices institucionales dadas por el Procurador General de la Nación o su Delegado (...)

Quiere decir lo anterior que, sin perjuicio de la denominación que tenga el cargo de Procurador Judicial II, bien en asuntos penales o de Apoyo a Víctimas, se rigen por el mismo propósito principal y las mismas competencias funcionales, correspondiéndoles la intervención judicial, sin distinción alguna, ante la justicia

penal ordinaria, penal militar, justicia transicional, procesos y procedimientos relativos a desplazamiento y víctimas del conflicto armado para defender el orden jurídico, el patrimonio público, los derechos y garantías fundamentales.

Resalta que el proceso de selección de personal adelantado por la Procuraduría General de la Nación, no interfiere en los temas de justicia transicional ni vulnera el derecho de las víctimas, toda vez que las funciones en dicho campo pueden ser asignadas por las necesidades del servicio a cualquier procurador judicial de la entidad, sin que la provisión del cargo de la accionante en carrera administrativa implique un desmejoramiento del servicio.

Señala que aún en el evento en que se concluyera que en la convocatoria referenciada no se ofertaron los cargos de Procuradores de Víctimas, debe entenderse que conforme a lo estipulado por el artículo 5 del decreto 262 de 2000, el nominador puede utilizar los registros de elegibles vigentes para proveer las vacantes que se presenten en el empleo que resulten aplicables o en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos.

4.2. Universidad de Pamplona.

La Universidad de Pamplona intervino en el trámite señalando que su participación en el proceso de selección adelantado por la Procuraduría General de la Nación se deriva de la celebración del convenio interadministrativo N° 179-07 de 2014, en el cual actuó como operador del concurso de méritos, motivo por el cual no se encontraba facultada para modificar la naturaleza o los requisitos de los cargos ofertados.

En este contexto, señala que cumplió con las obligaciones del convenio entregando de forma oportuna los resultados de las diversas pruebas practicadas.

Bajo los anteriores postulados, se opone a las pretensiones de amparo y señala que se adhiere a los argumentos de defensa expuestos por la Procuraduría General de la Nación.

4.3. Integrantes de los registros de elegibles.

Los señores Borys Gutiérrez Stand y Margarita Rosa Salas Ruiz intervinieron en el trámite en su calidad de terceros interesados en las resultas del proceso atendiendo su condición de integrantes del registro de elegibles conformado para la provisión de los cargos ofertados en la convocatoria N° 004- 2015.

Los intervinientes hacen énfasis en la improcedencia de la petición de amparo formulada por la parte accionante, señalando que en el presente caso no se cumple con el requisito de subsidiaridad exigido para la viabilidad de la acción de tutela, además de no encontrarse demostrada la configuración de un perjuicio irremediable.

En este contexto, formulan argumentos que coinciden con los motivos de defensa expuestos por la Procuraduría General de la Nación relacionados con la naturaleza jurídica del cargo de Procurador Judicial y su asignación dentro de la planta global de cargos de dicha entidad.

Adicionalmente, se ratifican las razones expuestas por la entidad accionada las cuales fueron relacionadas en el numeral 4.1.

5. Trámite de las acciones acumuladas.

5.1. Trámite.

La acción de tutela presentada por Ana Mercado Ramírez correspondió por reparto el 10 de agosto de 2016 al Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, Hernando Rodríguez Mesa (fl. 68), quien mediante auto de 11 de agosto de 2016, en aplicación del Decreto 1834 de 2015 decidió remitir el expediente a este Despacho al considerar que comparte las situaciones de hecho y de derecho que se discutieron dentro del proceso de tutela 76-001-23-33-011-2016-0175-00.

De esta forma, es necesario resaltar que el expediente fue remitido por reparto a la Secretaría del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca el 16 de agosto de 2016 fecha en la cual el Despacho Sustanciador lo recibió en horas de la tarde (fl. 73).

Mediante auto de 16 de agosto de 2016, se avocó el conocimiento de la acción de tutela formulada en aplicación de lo establecido en los artículos 2.2.3.1.3.1. y 2.2.3.1.3.2¹ del Decreto 1834 de 2015, y se ordenó la notificación a las partes (fls. 74 al 76).

Finalmente, se solicitó a la Procuraduría General de la Nación que de forma inmediata procediera a la publicación de la providencia que avocó el conocimiento en la página web www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co, medio que el Despacho encuentra como el más expedito y eficaz para cumplir con el principio de publicidad respecto de los presuntos afectados, ante los términos perentorios de la acción de tutela.

¹ Artículo 2.2.3.1.3.1. Reparto de acciones de tutela masivas. Las acciones de tutela que persigan la protección de los mismos derechos fundamentales, presuntamente amenazados o vulnerados por una sola y misma acción u omisión de una autoridad pública o de un particular se asignarán, todas, al despacho judicial que, según las reglas de competencia, hubiese avocado en primer lugar el conocimiento de la primera de ellas.

A dicho Despacho se remitirán las tutelas de iguales características que con posterioridad se presenten, incluso después del fallo de instancia.

Para tal fin, la autoridad pública o el particular contra quienes se dirija la acción deberán indicar al juez competente, en el informe de contestación, la existencia de acciones de tutela anteriores que se hubiesen presentado en su contra por la misma acción u omisión, en los términos del presente artículo, señalando el despacho que, en primer lugar, avocó conocimiento, sin perjuicio de que el accionante o el juez previamente hayan podido indicar o tener conocimiento de esa situación.

Artículo 2.2.3.1.3.2. Remisión del expediente. Recibido el informe de contestación con la indicación de haberse presentado otras acciones de tutela que cumplan con lo dispuesto en el artículo anterior, el juez de tutela al que le hubiese sido repartida la acción remitirá el expediente, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, al juez que, según dicho informe, hubiese avocado conocimiento en primer lugar.

Para estos efectos, el juez remitente podrá enviar la información por cualquier medio electrónico o de transferencia de datos, sin perjuicio de la remisión física posterior.

Para los mismos efectos y con el fin de agilizar su recepción, las oficinas o despachos de reparto podrán habilitar ventanillas o filas especiales de recibo.

El juez al que le hubiese sido repartida la acción podrá verificar en cualquier momento la veracidad de la información indicativa del juez que avocó conocimiento de la acción en primer lugar.

5.2. Causal de impedimento.

En su escrito contestación, la Procuraduría General de la Nación pone de presente un presunto impedimento en el que podía incurrir la Magistrada María Andrea Taleb Quintero.

Sobre el particular, es necesario precisar que ante la improcedencia de presentar recusaciones en el trámite de la acción de tutela de conformidad con la prohibición contemplada en el artículo 39² del decreto 2591 de 1991, resulta procesalmente inviable diligenciar la manifestación efectuada por la entidad accionada, máxime si se tiene en cuenta que el precepto enunciado impone el deber del Juez de expresar la causal de impedimento en que se encuentra incurso como una manifestación de su fuero interno, el cual no puede ser revisado de manera anticipada por los integrantes de la Sala de Decisión.

En este contexto y resaltando que la competencia para asumir la causa deriva de la aplicación del decreto 1834 de 2015, no encontrándose causales de nulidad que puedan invalidar lo actuado, se procederá a proferir sentencia, reiterando que los expedientes acumulados fueron recepcionados en el Despacho ponente el 12 de agosto de 2016, motivo por el cual se procede a proferir sentencia, en el menor término posible luego de surtirse la publicidad de la decisión que avocó el conocimiento del trámite.

II. CONSIDERACIONES.

1. Tesis de las partes y problema jurídico a resolver.

1.1. Tesis de la parte accionante.

En el presente caso, la parte accionante sostiene que la Procuraduría General de la Nación amenaza su derecho fundamental al debido proceso al Internar proveer en propiedad el cargo que actualmente desempeña en la entidad correspondiente al de Procurador 6 Judicial II Apoyo Víctimas de Barranquilla, sin haberlo sometido a convocatoria pública en el proceso de selección iniciado mediante la resolución N° 040 de 20 de enero de 2015.

Para justificar su afirmación señala que en la convocatoria pública N° 004 – 2015, la cual hace parte del proceso de selección iniciado mediante la resolución N° 040 de 20 de enero de 2015, se indicó que se ofertaban 208 cargos de Procurador Judicial II código y grado 3PJ – EC asignados a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público para Asuntos Penales.

No obstante, la entidad obvió que dentro de los cargos ofertados relacionados con asuntos penales, se incluyó al que actualmente ocupa la parte accionante, el cual tiene una naturaleza jurídica distinta, toda vez que fue creado en virtud de lo dispuesto por el decreto N° 2247 de 2011 *“por el cual se modifica la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación”* con la función específica de

² Artículo 39. Recusación. En ningún caso será procedente la recusación. El juez deberá declararse impedido cuando concurran las causales de impedimento del Código de Procedimiento Penal so pena de incurrir en la sanción disciplinaria correspondiente. El juez que conozca de la impugnación del fallo de tutela deberá adoptar las medidas procedentes para que se inicie el procedimiento disciplinario si fuere el caso.

velar por la garantía de los derechos de las víctimas por lo cual no puede calificarse como adscrito a la Procuraduría Delegada para Asuntos Penales.

En consecuencia, si bien, mediante la resolución N° 040 de 20 de enero de 2015 y uno de sus anexos denominado convocatoria N° 04 – 2015 se ofertaron 11 cargos de Procurador Judicial II (código 3PJ – EC) en el Distrito de Barranquilla, dicha convocatoria no puede tomarse como válida para proveer el cargo de Procurador 6 Judicial II Apoyo Víctimas de Barranquilla, toda vez que éste empleo no hace parte de la Procuraduría Delegada para Asuntos Penales, a la cual hace referencia la convocatoria.

1.2. Tesis de la parte accionada y los integrantes del registro de elegibles.

A su turno, la Procuraduría General de la Nación y los terceros intervinientes resaltan que la acción de tutela resulta abiertamente improcedente para definir una discusión como la promovida por la parte accionante, la cual es de naturaleza legal y por ende debe resolverse por conducto de los medios de control ordinarios estipulados en la ley 1437 de 2011.

De igual forma, afirman que, si bien, el cargo que ocupa la parte accionante fue incluido en la convocatoria N° 04 – 2015 como adscrito a la Procuraduría Delegada para Asuntos Penales, dicha circunstancia no implica que no se hayan sometido a convocatoria.

Para esto, se advierte que la Planta de Cargos de la Procuraduría General de la Nación es de naturaleza global y que el cargo que ahora ocupa la parte accionante fue creado de forma permanente por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, con el propósito de atender los intereses de las víctimas del conflicto armado.

Igualmente, se señala que en virtud de lo dispuesto por el decreto ley 262 de 2000 y el propio decreto de su creación el Procurador General de la Nación se encontraba facultado para distribuir los nuevos cargos dentro de la organización interna de la entidad de acuerdo a las necesidades del servicio.

1.3. Problema Jurídico.

Conforme a las tesis formuladas, en el presente caso, la controversia consiste en definir si la actuación desplegada por parte de la Procuraduría General de la Nación al incluir el cargo de Procurador 6 Judicial II Apoyo Víctimas de Barranquilla en la convocatoria N° 004-2015, la cual fue implementada para proveer cargos adscritos para la Procuraduría Delegada para Asuntos Penales, es suficiente para entender como efectivamente convocado dicho cargos al proceso de selección adelantado en virtud de lo dispuesto en la resolución N° 040 de 20 de enero de 2015.

Ahora bien, dado que en su intervención la Procuraduría General de la Nación y los terceros interesados cuestionan la idoneidad de la presente acción de tutela para definir la situación jurídica de la parte accionante, en razón a que a su juicio no se cumplen los postulados de los principios de subsidiariedad e inmediatez, en primer término se establecerá la procedencia de la acción impetrada.

En segundo lugar y solo en el evento en que la acción de tutela resulte procedente para resolver el fondo del asunto, el análisis de la Sala se dirigirá a definir al caso concreto determinado si la convocatoria realizada por la Procuraduría General de la Nación para el cargo de Procurador 6 Judicial II Apoyo Víctimas de Cali tiene el mérito suficiente para ser calificada como una actuación en debida forma.

2. Procedencia de la acción de tutela formulada.

La controversia planteada por la parte accionante se deriva de la provisión de cargos de carrera administrativa que actualmente se encuentran ocupados en provisionalidad, situación en la que bajo ciertos parámetros de excepción, la jurisprudencia ha determinado la viabilidad del amparo Constitucional.

De esta forma, la jurisprudencia Constitucional ha señalado que por regla general la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para obtener la protección de derechos que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos puesto que, para controvertir la legalidad de estos, el legislador estableció diferentes acciones en la jurisdicción contenciosa administrativa que se presumen idóneas para restablecer los derechos afectados.

No obstante, la Corte Constitucional ha admitido que en los casos en que se acredite un perjuicio irremediable, la tutela se torna procedente y, en consecuencia, habilita al juez constitucional para suspender la aplicación del acto administrativo u ordenar que el mismo no se ejecute.

En este contexto, con motivo de la entrada en vigencia de la ley 1437 de 2011 y la consagración en este estatuto procesal de medidas cautelares que permiten que desde el momento de la presentación de la demanda ordinaria se adopten las actuaciones que se consideren necesarias para proteger y garantizar el objeto del proceso, la Corte Constitucional ha señalado que en cada caso particular se debe valorar la efectividad de dichos mecanismos para luego establecer la procedibilidad de la acción de tutela en contra de actos administrativos.

En la sentencia T -427 de 2015, la Corte Constitucional advirtió lo siguiente:

(...) En ese orden de ideas, en el análisis de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, es indispensable abordar el tema de las medidas cautelares en el ámbito del derecho administrativo, debido a que, por la forma en que fueron diseñadas contribuyen a la eficacia de los medios de control previstos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2.5.1. El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y el régimen de las medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011.

La Ley 1437 de 2011, “por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” (en adelante CPACA), establece en su artículo 138, como medio de control de las actuaciones de la administración, la nulidad y restablecimiento del derecho³.

En cuanto a las medidas cautelares, el CPACA incorporó todo un capítulo (XI) destinado a explicar la tipología, las reglas de procedencia y el trámite para su

³ Ley 1437 de 2011, artículo 138: “Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior ...”

adopción por parte del juez administrativo. Así, el artículo 229, en materia de la procedencia, dispone que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción contencioso administrativo, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez o magistrado ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Además, el inciso segundo señala que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo cual favorece el decreto de las mismas si se tiene en cuenta que no afecta la decisión final que adopte el funcionario judicial en el caso concreto.

Según el artículo 230 del CPACA, las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o suspensivas. Con fundamento en ello, habilita al juez para adoptar, según las necesidades lo requieran, una o varias de las siguientes medidas: (i) mantener la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible; (ii) suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual; (iii) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; (iv) ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra; e (v) impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer a la cualquiera de las partes en el proceso correspondiente. De acuerdo con la norma en comento, esta serie de medidas cautelares, que en todo caso no constituyen un listado taxativo, se podrán decretar por parte del juez siempre que guarden relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

El artículo 231 del cuerpo normativo precitado, fija las condiciones especiales para su procedencia previendo dos grupos de medidas: (i) las de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y, (ii) las de los casos restantes. En el caso de la suspensión provisional, el primer párrafo del artículo 231 establece que dicha medida procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. En ese contexto si además de la suspensión provisional se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, será necesario probar en forma sumaria que ellos existen.

Para el otro grupo conformado por los casos restantes se requiere: (i) que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; (ii) que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados; (iii) que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y finalmente, (iv) que se cumpla una de las siguientes condiciones: (a) que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o (b) que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.(...)

(...) En síntesis, por regla general, la acción de tutela es improcedente contra los actos administrativos, por cuanto existen en la jurisdicción de lo contencioso administrativo los medios de control y las medidas cautelares que se presumen idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos reclamados. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha admitido que procede excepcionalmente la tutela para controlar la actuación de la Administración, cuando sea necesario evitar un perjuicio irremediable.(...)

Bajo la aplicación de los anteriores parámetros, la Corte Constitucional ha definido la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de simple nulidad y o la de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que este mecanismo ordinario no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y el de acceso a los cargos públicos.

De esta forma, por ejemplo, en la sentencia T-112A de 2014 se resaltó la procedencia de la acción de tutela como medio idóneo de protección de los derechos fundamentales que se puedan llegar a afectar como consecuencia de la provisión de cargos de carrera por medio de una lista o registro de elegibles:

(...) En los mismos términos, en la Sentencia SU-913 de 2009, la Corte Constitucional concluyó que si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para tener la entidad de excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata.

Al hilo de lo expuesto, se concluye que según la jurisprudencia de esta Corporación, la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito, por cuanto, como se verá en el siguiente acápite, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política.(...)

Respecto de las situaciones que se derivan de un proceso de selección mediante un concurso de méritos, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados.

Esta subregla fue ratificada en la Sentencia T-572 de 2015, en los siguientes términos:

(...) El numeral 5º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela no procede cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto. En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial al que debe acudirse para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de mérito⁴. Dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo debe acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Sin embargo, esta Corporación también ha señalado que hay, al menos, dos excepciones a la regla antes señalada: (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales_y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. (...)

Ahora bien, teniendo en cuenta que bajo los parámetros señalados la acción de tutela en contra de actos administrativos proferidos en razón de un proceso de

⁴ Ver entre otras sentencias SU-458 de 1993 (MP Jorge Arango Mejía), donde la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos de ejecución del concurso de méritos de la rama judicial cuando el actor no había hecho uso de ellos; T-315 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), en la cual la Corte luego de examinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial transitorio, encontró que no era posible inscribir al actor en la carrera judicial por cuanto el proceso de selección utilizado en su caso no constituía un concurso de méritos como el ordenado por la Ley 270 de 1996. T-1198 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), en esta oportunidad la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos administrativos dentro del proceso de selección en la Aeronáutica Civil, ni tampoco existía un perjuicio irremediable, pues los accionantes no cumplían con los requisitos mínimos exigidos para participar en el concurso.

selección de personal, procede como mecanismo excepcional, para lo cual debe analizarse si en cada caso en concreto las acciones judiciales ordinarias resultan eficaces para la protección de los derechos de los accionantes, debe resaltarse entonces que en estos eventos cobra especial relevancia la existencia o no de una decisión de la administración que pueda ser sometida a control jurisdiccional a través del ejercicio de los medios de control estipulados por el ordenamiento procesal.

En este sentido, resulta pertinente traer a colación la posición formulada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 10 julio de 2014, en el radicado N° 110010325000201000012 00 conforme a la cual, en los procesos de selección que se adelantan con el propósito de proveer un cargo de carrera administrativa debe diferenciarse entre los actos previos que sirven como instrumento para la escogencia de las personas que superan el concurso de méritos y las decisiones finales que se adoptan para seleccionar al ganador y por ende para proveer los cargos ofertados.

De esta forma, la jurisprudencia ha destacado que la decisión que pone fin a la actuación administrativa corresponde al acto administrativo de nombramiento y en consecuencia constituye el pronunciamiento a demandar dentro de un proceso contencioso administrativo ordinario:

(...) En este orden destaca la Sala que el proceso de selección, como actuación administrativa destinada a proveer los cargos de carrera en la Rama Judicial, comprende una serie de etapas que se diferencian dependiendo si se trata de empleados o de funcionarios, que a su vez se conforman por una serie de actos jurídicos y materiales encaminados a preparar la producción de una decisión final cual es el acto de nombramiento.

Estos actos previos a la decisión son los que la ley denomina actos de trámite o preparatorios, puesto que comprenden actos de ordenación del procedimiento destinados a instrumentar la decisión final, disponiendo los elementos de juicio para que la administración pueda adoptar la decisión que ha de poner fin a la actuación administrativa de selección para la provisión de cargos de carrera en la Rama Judicial.

Dentro de las etapas del proceso de selección que consagra el artículo 162 de la LEAJ, la lista de candidatos elaborada por las Salas Administrativas del Consejo Superior o Seccionales de la Judicatura, constituye un acto preparatorio encaminado a suministrar al nominador los elementos de juicio, en este caso, una relación de mínimo cinco (5) integrantes del registro de elegibles, para que éste proceda a adoptar la decisión final, lo cual se desprende del artículo 167 de la LEAJ.

De esta manera, la lista de candidatos no pone término al proceso de selección sino que le sirve de soporte a la decisión final, pues dicho acto presenta al nominador una relación de candidatos elegibles para la provisión de cargos en la Rama Judicial. **En consecuencia, el acto que realmente le pondrá fin a la actuación administrativa es el acto administrativo de nombramiento, el cual no fue objeto de demanda en el presente caso.**

Como acto preparatorio, la lista de candidatos constituye un instrumento que posibilita una decisión final, lo que significa que no resulta demandable al tenor de lo dispuesto en el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, pues de acuerdo con dicho precepto normativo, sólo son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa los actos que pongan fin a una actuación administrativa, o las decisiones de trámite cuando hacen imposible continuar la actuación.

Del contenido de los acuerdos PSAA09-6331 de 5 de noviembre de 2009, PSAA09-6368 y PSAA09-6369 de 10 de diciembre de 2009, la Sala ratifica el carácter preparatorio de los mismos ya que fueron proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales previstas en los artículos 85 y 166 de la Ley 270 de 1996, como una etapa más dentro de la actuación administrativa adelantada para proveer los cargos de

magistrados de Tribunal Administrativo en la Rama Judicial, cuya única finalidad era la de facilitar al nominador los elementos de juicio para la toma de la decisión de nombramiento. En ellos, la administración expresa con suma claridad y precisión, que la lista de candidatos es tomada del registro nacional de elegibles, el que a su vez, se encuentra integrado por quienes aprobaron el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 1550 de 2002, y además indica la administración, que dichas listas están destinadas exclusivamente a proveer la plaza señalada en cada uno de los acuerdos.

En este punto, y dado que la lista de candidatos es tomada del Registro Nacional de Elegibles, importa distinguir entre uno y otro, pues a pesar de que ambos actos tienen como finalidad servir de soporte a la decisión final de nombramiento, se trata de dos etapas diferentes dentro del proceso de selección conforme se dejó expuesto en párrafos anteriores al explicar el alcance del artículo 162 de la LEAJ.

El registro de elegibles clasifica, según el mérito, a cada concursante elegible y le asigna a cada uno un lugar dentro del registro para cada clase de cargo y especialidad; en ese orden, es posible afirmar que tal acto produce efectos jurídicos directos para los concursantes pues la inscripción en el mismo le otorga vocación de elegibilidad; aunado a lo anterior, dicho acto pone fin a la etapa de clasificación del concurso de méritos, lo cual se desprende del artículo 164 de la LEAJ, y tiene una vigencia de cuatro (4) años.

La lista de candidatos, por el contrario, no es más que un acto preparatorio que ofrece y organiza los elementos de juicio al nominador para proferir su decisión; dicho acto no crea, modifica o extingue una situación jurídica para el concursante dado que su condición de elegible deviene de la inscripción en el registro. Así las cosas, reitera la Sala que la única finalidad de dicho acto es preparar la provisión del cargo, precisando que la vocación de elegibilidad del candidato tiene su fuente en el registro de elegibles. Dicha lista de candidatos agota su contenido una vez se produce el nombramiento, al tenor de lo dispuesto por el artículo 167 de la LEAJ, lo cual evidencia su carácter instrumental.

Así las cosas, como en el presente caso, la demanda se dirige contra los acuerdos PSAA09-6331 de 5 de noviembre de 2009, PSAA09-6368 de 10 de diciembre de 2009 y PSAA09-6369 de 10 de diciembre de 2009, a través de los que se formula ante el honorable Consejo de Estado las listas de candidatos para proveer las vacantes del cargo de magistrado en los tribunales contencioso administrativos de Cauca, Córdoba y Sucre, los cuales tienen carácter preparatorio dentro de la actuación administrativa y por lo mismo no son demandables ante la jurisdicción, la Sala procederá a declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda que fue propuesta por la parte demandada y la coadyuvante, y a inhibirse para pronunciarse sobre los mismos, ante la inexistencia de un presupuesto procesal para emitir un pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones formuladas por la parte actora.(...) Subrayado y resaltado fuera del texto original.

Aplicando las pautas otorgadas por la jurisprudencia traída a colación, tenemos que en el trámite de un proceso de selección o concurso de méritos para proveer un cargo público, el acto administrativo que pone fin a la actuación corresponde al acto de nombramiento, este constituye la decisión que puede ser objeto de control jurisdiccional y frente a la cual se pueden adoptar medidas cautelares que suspendan sus efectos en el desarrollo del proceso contencioso administrativo.

De esta forma, con el objeto de definir la procedibilidad de la acción de tutela en casos como el presente, debe analizarse si en el respectivo proceso de selección se encuentra surtida o no la etapa de nombramientos de las personas que se encuentran en la lista de elegibles y de esta manera determinar si existe un acto administrativo frente al cual resulte viable ejercer los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

3. Caso concreto.

Conforme a las situaciones jurídicas acreditadas al momento de adoptarse la presente decisión, la acción de tutela resulta improcedente como mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales, toda vez que se evidencia que el proceso de selección surtido por la resolución N° 040 de 2015, se encuentra actualmente en la etapa de nombramiento de las personas que integran los diferentes registros de elegibles.

En efecto, a folio 129 del cuaderno principal obra copia de la certificación expedida por parte del Secretario General de la Procuraduría General de la Nación en la cual se hace constar que mediante el Decreto 3809 de 8 de Agosto de 2016, se procedió a proveer en periodo de prueba el cargo de "*Procurador 6 Judicial II Apoyo a Víctimas de Barranquilla*" que al momento de la presentación de la acción ocupaba el accionante Alberto Andrés Gómez Amín en condición de provisionalidad.

En su intervención, la Procuraduría General de la Nación advierte que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 217⁵ del decreto ley 262 la entidad ha procedido a realizar los nombramientos de las personas que integran las listas de elegibles derivadas de las convocatorias N° 040 de 2015 y que los actos administrativos se encuentran en proceso de comunicación.

Los anteriores elementos son suficientes para concluir que el caso de la parte accionante quien ocupa el cargo de "*Procurador 6 judicial II Apoyo Víctimas de Barranquilla*", no se enmarca dentro de las reglas de excepción para la procedencia de la acción de tutela, dado que dispone de mecanismos judiciales distintos propios de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que cuentan con medidas cautelares idóneas para proteger la amenaza o la vulneración sus derechos, desplazando a la acción constitucional.

En este punto, es necesario precisar que esta postura no constituye un desconocimiento de lo dispuesto por esta Corporación en la sentencia de tutela proferida el 28 de julio de 2016 dentro del radicado 76-001-23-33-011-2016-01075-00, en la cual se estableció la procedencia de la acción formulada por la señora Carmen Teresa Ospina Lopeda y se protegió su derecho al debido proceso en el sentido de ordenar a la Procuraduría General de la Nación que se abstuviera de utilizar el registro de elegibles contenido en la Resolución N° 340 de 8 de julio de 2016 para proveer en propiedad en cargo de "*Procurador 30 Judicial I Apoyo a Víctimas de Cali*", en razón a que para el caso actual se han producido cambios en los supuestos fácticos que justifican la adopción de una decisión distinta en cuanto a la procedibilidad de la acción de tutela para definir el fondo del asunto.

En efecto, en el expediente 76-001-23-33-011-2016-01075-00 la falta de prueba, al momento de proferirse la decisión, sobre la inminencia del nombramiento de las personas que integran los registros de elegibles para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I impedía que a la persona que ocupa el cargo en provisionalidad le fuera exigible la defensa de sus intereses mediante la utilización de los mecanismos ordinarios de control judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

5 ARTÍCULO 217. Término para el nombramiento. Dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la publicación de la lista de elegibles, deberá producirse el nombramiento en periodo de prueba o en propiedad, según el caso, salvo lo previsto en el artículo 190 de este decreto.

Este plazo no se tendrá en cuenta cuando el concurso se haya efectuado para conformar listas de elegibles para empleos no vacantes a la fecha de la convocatoria, caso en el cual el nombramiento deberá producirse dentro de los veinte (20) días siguientes al momento en que se presente la vacante o se cree el empleo.

Situación distinta ocurre en el presente caso, en el cual se pudo establecer que la Procuraduría General de la Nación ha dado inicio a la etapa de nombramientos del proceso de selección y en el caso concreto del accionante ha expedido el respectivo acto administrativo de nombramiento de la persona que entrará a ocupar en propiedad el cargo de "Procurador 6 judicial II Apoyo Víctimas de Barranquilla".

En consecuencia se procederá a negar por improcedente la solicitud de amparo formulada por el señor Alberto Andrés Gómez Amín en razón a la existencia de mecanismos judiciales que resultan idóneos para definir si la actuación desplegada por parte de la Procuraduría General de la Nación al incluir el cargo de Procurador 6 Judicial II Apoyo Víctimas de Cali en la convocatoria N° 004-2015, la cual fue implementada para proveer cargos adscritos para la Procuraduría Delegada para Asuntos Penales, es suficiente para entender como efectivamente convocado dicho cargo al proceso de selección adelantado en virtud de lo dispuesto en la resolución N° 040 de 20 de enero de 2015.

En consecuencia, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR por improcedente la acción de tutela presentada por el señor Alberto Andrés Gómez Amín, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- Solicitar a la Procuraduría General de la Nación que de forma inmediata a su notificación ponga en conocimiento de las personas que integran los registros de elegibles contenidos en la resolución N° 357 de 11 de julio de 2016 la presente providencia, mediante su publicación en la página web www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co.

TERCERO.- La presente decisión podrá ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación (Art. 31 Decreto 2591 de 1991).

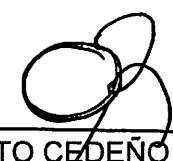
Si esta providencia no fuere impugnada en tiempo oportuno, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO.- NOTIFICAR a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Esta decisión fue discutida y aprobada en Sala, según consta en Acta de la fecha.

Los Magistrados,


LUZ STELLA ALVARADO OROZCO
Ponente


RONALD OTTO CEDEÑO BLUME
Magistrado

MARIA ANDREA TALEB QUINTERO
Magistrada
Ausente


Carlos Vela



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

ACLARACIÓN DE VOTO

MEDIO DE CONTROL: ACCIÓN DE TUTELA
ACTOR: ALBERTO ANDRÉS GÓMEZ AMIN
ACCIONADO: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
RADICADO: 76-001-23-33-011-2016-01246-00

Si bien comparto la decisión de la Sala, en cuanto declaró la improcedencia de la acción constitucional en el caso que hoy motiva nuestro pronunciamiento, con el acostumbrado respeto me permito aclarar mi voto en el sentido de que la improcedencia de la acción no se puede predicar únicamente en los casos en que se allega al expediente el acto administrativo mediante el cual se efectúa el nombramiento en propiedad de las personas que conforman el registro de elegibles para proveer los cargos de Procurador Judicial I y II adscritos a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, ya que la improcedencia de la acción en estos casos, deviene de la efectividad de los mecanismos ordinarios de defensa judicial para debatir las objeciones presentadas contra la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo del concurso para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, relativas a la inserción en el registro de elegibles, de algunos cargos que supuestamente no fueron incluidos en las convocatorias realizadas por dicha entidad.

Atentamente,



RONALD OTTO CEDEÑO BLUME
Magistrado

Fecha ut supra