



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

SALA DE DECISIÓN ORAL

Santiago de Cali, once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No. 168

Magistrado Ponente: Dr. RONALD OTTO CEDEÑO BLUME

ACCIÓN:	TUTELA
ACCIONANTE:	JOSE EDWIN HINESTROZA PALACIOS
ACCIONADO:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO
RADICACIÓN:	76001-23-33-011-2016-01198-00

1. CUESTIÓN PREVIA

De conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 9º del Acuerdo No. 209 de 1997,¹ el presente proceso fue remitido a este Despacho, por ser el que sigue en turno al de la Doctora **LUZ STELLA ALVARADO OROZCO**, a quien correspondía el conocimiento de la acción de tutela, teniendo en cuenta que la ponencia presentada por dicha Magistrada fue derrotada en la Sala de Decisión conformada con el Magistrado **OSCAR ALONSO VALERO NISIMBLAT** y el suscrito.

2. EL ASUNTO

Profiere el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sede de instancia y a través de la Sala de Decisión Oral, conformada por los doctores **LUZ STELLA ALVARADO OROZCO**, **OSCAR ALONSO VALERO NISIMBLAT** y **RONALD OTTO CEDEÑO BLUME**, la decisión sobre la acción de tutela promovida por el señor **JOSE EDWIN HINESTROZA PALACIOS** contra la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y **LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA**.

3. LA DEMANDA

3.1. El señor **JOSE EDWIN HINESTROZA PALACIOS** instauró acción de tutela contra la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y **LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA**, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a cargos públicos, al trabajo y la igualdad, presuntamente vulnerados por la entidad accionada, al proferir

¹"Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los Tribunales Administrativos".

ACCIÓN:	TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN:	76001-23-33-011-2016-01198-00
ACTOR:	JOSE EDWIN HINESTROZA PALACIOS
ACCIONADA:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRO

la Resolución N° 357 del 11 de julio de 2016, mediante la cual se configuró la lista de elegibles para la convocatoria N° 004-2015, con el objeto de proveer los cargos de Procurador Judicial II adscritos a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, entre los cuales se incluyó el cargo de Procurador 363 Judicial II Penal en la ciudad de Bogotá; cargo que actualmente ocupa en provisionalidad y que no fue objeto de la referida convocatoria, por no pertenecer a la Delegatura de la Procuraduría en Asuntos Penales, ya que fue creado en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 975 de 2005, como Procurador para la Justicia y Paz.²

4. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y LAS SOLICITUDES PRESENTADAS POR TERCEROS

4.1. Dentro del término conferido para contestar la presente acción, la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, manifestó que al no estar demostrada la existencia de una amenaza a los derechos fundamentales que conlleve a la configuración de un perjuicio irremediable, la tutela no procede como mecanismo transitorio o definitivo para dejar sin efectos la provisión del cargo que desempeña el accionante; señaló además que no se cumple el requisito de inmediatez, como quiera que la apertura del proceso de selección para el concurso se dio el 20 de enero de 2015.³

Resaltó también, que sin perjuicio de la denominación que tengan los cargos de Procurador Judicial I y II, en asuntos penales, justicia y paz o 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.

4.2. La **UNIVERSIDAD DE PAMPLONA**, presentó informe sobre los hechos que motivan la solicitud de amparo, aduciendo que únicamente actuó como operador del concurso de méritos adelantado por la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, en virtud del convenio interadministrativo N° 179-07 de 2014 celebrado con dicha entidad, motivo por el cual, no se encontraba facultada para modificar la naturaleza o los requisitos de los cargos ofertados.⁴

4.3. Los señores **EDWIN JAVIER MURILLO SUAREZ, BORYS GUTIÉRREZ STAND y JULIO CESAR ZAMBRANO PEREA**, en su calidad de terceros interesados en las resultas del proceso, solicitaron que se declarara la improcedencia de la presente acción de tutela, porque no cumplía con el requisito de subsidiaridad y no estaba demostrada la configuración de un perjuicio irremediable para el actor, entre otras razones.⁵

² Folios 38 a 60.

³ Folios 220 a 224.

⁴ Folios 191 a 195.

⁵ Folios 156 a 189.

ACCIÓN:	TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN:	76001-23-33-011-2016-01198-00
ACTOR:	JOSE EDWIN HINESTROZA PALACIOS
ACCIONADA:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRO

4.4. Los señores **LUIS FRANCISCO CALVETE RIBERO** y **LUIS RAFAEL CALDERÓN DAZA**, presentaron escrito solicitando que al momento de proferir sentencia se ampararan también sus derechos fundamentales, por encontrarse en la misma situación fáctica aducida por el actor, como quiera que actualmente desempeñan en provisionalidad los cargos de Procurador Judicial Penal II de Justicia y Paz de Medellín No 348 y 349, respectivamente.⁶

5. SOLICITUD DE COADYUVANCIA

El inciso segundo del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 señala que: *"Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud"*, dicha intervención ha sido definida por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos: *"el coadyuvante, entonces, ejercita, dentro del proceso, las facultades que le son permitidas y, en todo caso, no puede afectar a la parte, pues de la esencia de la coadyuvancia es la intervención antes de la sentencia de única o de segunda instancia, para prestar ayuda, mas no para hacer valer pretensiones propias."*⁷

En este orden de ideas y al ser la coadyuvancia una forma de intervención para compartir y apoyar las reclamaciones que realiza la parte actora y no un mecanismo para formular peticiones autónomas, la solicitud de coadyuvancia presentada por los señores **LUIS FRANCISCO CALVETE RIBERO** y **LUIS RAFAEL CALDERÓN DAZA** será negada, al no tener como propósito la protección de las garantías constitucionales del actor, sino la de sus propios derechos, escenario que corresponde al de una acción de tutela independiente.

6. PROBLEMA JURÍDICO

La controversia planteada se contrae a resolver las siguientes preguntas:

¿Procede la acción de tutela para debatir la legalidad de los actos administrativos proferidos en desarrollo del concurso de méritos efectuado para proveer los cargos de Procurador Judicial I y II en la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, mediante los cuales se configuró la lista de elegibles para proveer los cargos de Procurador Judicial II adscrito a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales?

De contestarse de manera positiva el anterior interrogante la Sala entrará a decidir si: ¿La **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y **LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA** vulneraron el derecho fundamental al debido proceso del accionante, al incluir en la lista de elegibles para proveer los cargos de Procurador Judicial II adscrito a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, el cargo de Procurador 363 Judicial II Penal en la ciudad de Bogotá?

⁶ Folios 94 a 155.

⁷ Sentencia T-1062 de 2010.

ACCIÓN:	TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN:	76001-23-33-011-2016-01198-00
ACTOR:	JOSE EDWIN HINESTROZA PALACIOS
ACCIONADA:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRO

7. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La Corte Constitucional en aplicación al artículo 86 de la Constitución Política, ha establecido que la acción de tutela es un mecanismo constitucional de carácter residual y subsidiario, que tiene como fin la protección de los derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo y eficaz de defensa o cuando de existir éste, es necesario acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; es decir que no puede ser empleada como un "medio alternativo, ni complementario, ni puede ser estimada como un último recurso"⁸.

De esta manera la Alta Corporación ha reiterado que la jurisdicción constitucional no es una instancia judicial para decidir conflictos de rango legal, que deben ser resueltos ante las diferentes jurisdicciones ordinarias creadas para tal fin en el título VIII de nuestra Constitución Política, cuyos trámites y elementos procesales están completamente regulados en las leyes aplicables, para garantizar que las controversias de derechos se resuelvan de manera efectiva, con el respeto y la observancia de las garantías fundamentales, pues el deber de todos los jueces de las diferentes jurisdicciones es propender porque los derechos constitucionales sean respetados en el desarrollo de todos los procesos judiciales⁹; es decir que, cuando existan instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para brindar la protección reclamada, el presuntamente afectado está en la obligación de recurrir a éstas, antes de pretender el amparo por vía constitucional.

Ahora bien, en la sentencia SU-133 del 2 de abril de 1998, reiterada en pronunciamientos posteriores¹⁰, la Honorable Colegiatura indicó que en algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que **han participado en concursos para acceder a cargos de carrera**; discurriendo bajo el siguiente tenor: *"Así las cosas, esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata."*

En ese mismo sentido en la sentencia SU-913 de 2009, la Alta Corporación consideró que aunque existan otros mecanismos judiciales, éstos solamente tendrían la virtualidad de excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos, si son completamente eficaces

⁸ Así lo estableció la Corte desde la sentencia C-543/92.

⁹ Al respecto ver, entre muchas otras, las sentencias T-367/08, C-590/05, y T-803/02.

¹⁰ Sentencia T-425 del 26 de abril 2001, Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002.

ACCIÓN:	TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN:	76001-23-33-011-2016-01198-00
ACTOR:	JOSE EDWIN HINESTROZA PALACIOS
ACCIONADA:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRO

y conducentes para evitar la vulneración de aquellos derechos que requieren de una atención inmediata.

Frente a la procedencia de la acción de tutela contra normas generales de contenido impersonal y abstracto (prohibida en el numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991), el Tribunal Constitucional discurrió que es posible estudiar el efecto concreto de dichas normas y del acto particular en el que se manifiestan, para determinar si afectan de manera específica a algunas personas, en cuanto a sus derechos fundamentales.¹¹

Bajo esa misma línea argumentativa la Sala Quinta de Revisión discurrió que, los conflictos suscitados en el marco de un concurso, implican la vulneración de los derechos de las participantes al trabajo, al mínimo vital y derechos asociados a la función pública; motivo por el cual, el agotamiento de la vía administrativa, por la congestión del aparato judicial, obstaculiza la selección de los servidores públicos y el funcionamiento del Estado.¹²

Del anterior recuento jurisprudencial se logra concluir que, la acción de tutela no procede para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con la expedición de actos administrativos proferidos durante la ejecución de un proceso de concurso de méritos, como quiera que, para controvertir la legalidad de dichas decisiones, el ordenamiento jurídico consagró las acciones contencioso administrativas¹³.

No obstante, dicha regla general establecida por la jurisprudencia constitucional, encuentra las siguientes excepciones: "(i) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor; y (ii) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable".¹⁴

La primer excepción, es la que se ha utilizado con mayor frecuencia por la jurisdicción constitucional, para proteger los derechos fundamentales de los accionantes que han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no se les nombró en el cargo público al que aspiraban, por considerarse que en esos eventos, el medio ordinario carece de eficacia para proveer al tutelante una solución pronta e integral.¹⁵

En relación con la segunda excepción, la Corte ha considerado de manera uniforme, que el perjuicio debe cumplir las siguientes condiciones: "(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es

¹¹ Sentencia T-1098 de 2004,

¹² *Ibidem*.

¹³ Sentencia T-090 de 2013.

¹⁴ Sentencia T-319 de 2014.

¹⁵ Sentencia T-090 de 2013.

ACCIÓN:	TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN:	76001-23-33-011-2016-01198-00
ACTOR:	JOSE EDWIN HINESTROZA PALACIOS
ACCIONADA:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRO

inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.¹⁶

De manera más reciente en la sentencia SU-553 de 2015, la Máxima Corporación indicó que el mecanismo constitucional es procedente cuando se reclama el nombramiento en propiedad de los participantes del concurso, como quiera que el medio de control judicial ordinario (acción de nulidad y restablecimiento del derecho) resulta ser ineficaz porque en el tiempo prolongado que implica su trámite, vencería el registro de elegibles; situación que constituye un perjuicio irremediable que encuadra en una de las hipótesis de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos.

En síntesis, la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público, en cuyo desarrollo son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.

8. HECHOS PROBADOS Y RESOLUCIÓN DEL CASO

8.1. Afirma el actor que la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y **LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA** vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a cargos públicos, al trabajo y la igualdad, al proferir la Resolución N° 357 de 11 de julio de 2016, mediante la cual se configuró la lista de elegibles para proveer los cargos de Procurador Judicial II adscritos a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, al incluir en la misma, el cargo de Procurador 363 Judicial II Penal en la ciudad de Bogotá, que actualmente desempeña en provisionalidad.

Sostiene el actor, que el cargo de Procurador 363 Judicial II Penal en la ciudad de Bogotá fue creado como Procurador para la Justicia y Paz, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 975 de 2005, es decir que no hace parte de la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en asuntos Penales y por tanto, no puede entenderse convocado en la convocatoria N° 004-2015, en las que se incluyeron los cargos de dicha delegatura.

8.2. Expuestos los supuestos fácticos que dan origen a la solicitud de amparo y con el propósito de contestar el primer interrogante planteado por la Sala, se estudiará la procedencia de la presente acción para controvertir los actos administrativos proferidos en desarrollo del concurso de méritos efectuado para proveer los cargos de Procurador Judicial I y II en la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, aperturado y reglamentado mediante Resolución No 040 de 2015; mediante los cuales se conformó el registro de elegibles

¹⁶ *Ibidem*.

ACCIÓN:	TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN:	76001-23-33-011-2016-01198-00
ACTOR:	JOSE EDWIN HINESTROZA PALACIOS
ACCIONADA:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRO

para proveer los cargos de Procurador Judicial II adscritos a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales.

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional extractada en el anterior acápite, por regla general, la acción de tutela no es procedente para proteger derechos fundamentales que se vean amenazados o vulnerados con la expedición de actos administrativos, ante la existencia de otros mecanismos judiciales ordinarios dispuestos en el ordenamiento jurídico para determinar la legalidad de las decisiones y actuaciones de la administración, ya que la naturaleza subsidiaria y residual de dicho mecanismo impone al interesado la obligación de actuar con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios e interponer los recursos legales, para obtener la protección de sus derechos fundamentales, antes de acudir a la acción de tutela.

No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional ha fijado dos *subreglas*, que permiten la procedencia excepcional de este mecanismo constitucional contra las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, aun existiendo otros mecanismos judiciales; estos son: i) cuando el medio judicial al alcance del actor no resulta materialmente idóneo y eficaz para conseguir la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales presuntamente conculcados y ii) cuando se demuestre la inminente ocurrencia o existencia de un perjuicio irremediable; evento en el que es posible conceder la protección transitoria, mientras la jurisdicción ordinaria competente profiere una decisión definitiva.

La idoneidad del mecanismo ordinario ha sido definida por la Alta Corporación como la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, es decir, que exista una relación directa entre el medio de defensa y el contenido del derecho¹⁷; la eficacia por su parte, hace referencia a que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera rápida y oportuna una protección al derecho amenazado o vulnerado¹⁸.

8.3. En este contexto, para determinar la procedencia de la presente acción, es necesario abordar, en primer lugar, el análisis de los mecanismos judiciales existentes en el ordenamiento jurídico, con el fin de determinar si éstos permiten al actor ejercer la defensa de sus derechos constitucionales presuntamente vulnerados y lograr así su protección efectiva e integral.

Al respecto se observa que las actuaciones que cuestiona por esta vía constitucional el accionante se plasman en actos administrativos, para cuya controversia existen los medios de control pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como son la simple nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho.

¹⁷ Sentencias T-211/09, T-001/07, T-580/06, T-760/05, T-822/02 y T-003/92.

¹⁸ Sentencias T-858/10, T-160/10, T-211/09, T-514/08, T-021/05, T-1121/03 y T-425/01.

ACCIÓN:	TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN:	76001-23-33-011-2016-01198-00
ACTOR:	JOSE EDWIN HINESTROZA PALACIOS
ACCIONADA:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRO

En efecto, el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe que: *"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 restablezca el derecho... Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo..."*.

A su turno, el artículo 137 del mismo precepto, establece que: *"Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general..."*.

De las normas trascritas es posible colegir que los mecanismos ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos permiten decidir el conflicto planteado y ofrecen una solución integral frente a los derechos presuntamente trasgredidos, que permite al actor exponer los argumentos que hoy plantea a través de este mecanismo y contempla escenarios de defensa y contradicción, que resultan eficaces para debatir las objeciones presentadas por el tutelante contra la legalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión del concurso para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II de la la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

Adicionalmente considera la Sala que, los mecanismos descritos poseen la capacidad de brindar una solución pronta e integral para evitar la violación de los derechos invocados por los accionantes, pues pese a que su complejidad y duración implican que la obtención de los fines que persiguen sea más prolongada al de la acción de amparo constitucional, tal situación fue prevista por el legislador, quien para evitar que los efectos de la sentencia fueran nugatorios, consagró la solicitud de medidas provisionales y la suspensión provisional del acto demandado (artículos 229 y subsiguientes, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

El anterior análisis lleva a concluir que, los medios ordinarios de defensa judicial consagrados en el ordenamiento jurídico, se erigen como eficaces e idóneos para dirimir las controversias relacionadas con la legalidad de los actos administrativos proferidos en desarrollo del concurso anteriormente referido y brindar una protección e inmediata y definitiva del derecho presuntamente vulnerado a los actores.

8.4. En relación con la segunda subregla de competencia, la Sala considera que no es procedente la acción de tutela para reclamar la legalidad de los actos administrativos proferidos para proveer los cargos de Procurador Judicial I y II, mediante el sistema de concurso de méritos, ni siquiera como mecanismo transitorio, mientras se decide sobre la legalidad del acto demanda en la jurisdicción contencioso administrativa, como quiera que no

ACCIÓN:	TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN:	76001-23-33-011-2016-01198-00
ACTOR:	JOSE EDWIN HINESTROZA PALACIOS
ACCIONADA:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRO

está acreditada la inminencia de un perjuicio irremediable; pues la afectación de derechos fundamentales no es de tal magnitud que impida al accionante acudir a las acciones pertinentes, que como se ha visto en líneas anteriores, resultan completamente eficaces e idóneas para evitar la consumación de un posible daño, por no tratarse de un sujeto de especial protección constitucional o que se encuentre ante la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Por si fuera poco, el presente mecanismo no se invoca para la protección de los derechos de aquellos que participaron en el concurso de méritos para acceder a un cargo público, eventos en los que en la mayoría de las veces, la jurisprudencia constitucional ha aceptado la procedencia de la acción de tutela al estar involucradas otras prerrogativas constitucionales como el acceso a cargos públicos, el trabajo y otros derechos y principios asociados a la función pública; sino que ataca únicamente, la legalidad de los actos administrativos contra los que se tiene inconformidad, porque su expedición ocasiona indirectamente que sea desvinculado de su cargo, es decir que, en caso de existir una vulneración de derechos, éstos podrían ser reparados o resarcidos, a través de los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

En conclusión, la Sala encuentra que la presente acción de tutela deviene improcedente, ya que la posible vulneración de los derechos fundamentales de quien actualmente ocupa en provisionalidad, uno de los cargos que se pretende proveer con la lista de elegibles expedida en desarrollo del concurso de méritos para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II, llevado a cabo por la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, es una controversia relativa a la legalidad de dichos actos, no susceptible de ser decidida en la jurisdicción constitucional.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Oral del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor **JOSE EDWIN HINESTROZA PALACIOS** contra la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y **LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA**, de conformidad con las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de coadyuvancia presentada por los señores **LUIS FRANCISCO CALVETE RIBERO** y **LUIS RAFAEL CALDERÓN DAZA**.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión a las partes en los términos del artículo 30 del Decreto No. 2591 de 1991.

CUARTO: La presente decisión podrá ser impugnada dentro de los tres (03) días siguientes a su notificación de conformidad con lo normado en el artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1.991.

ACCIÓN: TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN: 76001-23-33-011-2016-01198-00
ACTOR: JOSE EDWIN HINESTROZA PALACIOS
ACCIONADA: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRO

QUINTO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de no ser impugnado este proveído.

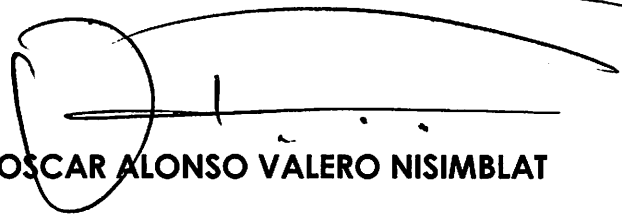
SEXTO: Una vez regrese de la Corte Constitucional el expediente exento de revisión, se archivará realizadas las anotaciones en el software de gestión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


RONALD OTTO CEDENO BLUME


LUZ STELLA ALVARADO OROZCO
SAVO VOTO


OSCAR ALONSO VALERO NISIMBLAT

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

SALVAMENTO DE VOTO

Santiago de Cali, once (11) de Agosto de dos mil dieciséis (2016).

Proceso No : 76-001-23-33-011-2016-01198-00

Acción : Tutela

Accionante : José Edwin Hinestroza Palacios

Accionados : Procuraduría General de la Nación
Universidad de Pamplona

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala, me permito exponer a continuación las razones por las cuales me aparto de la decisión mayoritaria adoptada con el propósito de definir la acción de tutela presentada por el señor José Edwin Hinestroza Palacios.

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 denominado Procurador 363 Judicial II Penal de Bogotá (código 3PJ – EC), 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, uno corresponde al de Procurador 363 Judicial II Penal de Bogotá (código 3PJ – EC) el cual tiene una naturaleza jurídica distinta, toda vez que fue creado en virtud de lo dispuesto por la ley 975 de 2005 con la función específica de intervenir en la Jurisdicción de Justicia y Paz, razón por la 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 su anexo denominado convocatoria N° 4 – 2015 se publicaron 67 cargos de Procurador Judicial II (código 3PJ – EC) para la ciudad de Bogotá, dicha convocatoria no puede tomarse como válida para el caso del cargo de Procurador

363 Judicial II, toda vez que dicho empleo no hace parte de la Procuraduría Delegada para Asuntos Penales, al cual hace referencia la convocatoria.

A su turno, la Procuraduría General de la Nación y los terceros intervinientes afirman que, si bien, los cargo que ocupan los integrantes de la parte accionante fueron incluido en las convocatorias N° 04 – 2015 N° 011 de 2016, como adscritos a la Procuraduría Delegada para Asuntos Penales, dicha circunstancia no implica que no se hayan sometido a convocatoria.

Para esto, advierte que la Planta de Cargos de la Procuraduría General de la Nación es de naturaleza global y que los cargos que ahora ocupan los integrantes de la parte accionante fueron creados 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.

Finalmente, en sus intervenciones, tanto la Procuraduría General de la Nación y los terceros interesados fueron enfáticos al cuestionar la idoneidad de la acción de tutela para definir la situación jurídica de los integrantes de la parte accionante, en razón a que a su juicio no se cumplen los postulados de los principios de subsidiariedad e inmediatez

De esta forma, la posición mayoritaria de la Sala acogió la tesis formulada por la entidad accionada y los integrantes del registro de elegibles y procedió a declarar la improcedencia de la acción, considerando que la discusión planteada por el accionante se encuentra dirigida a cuestionar la legalidad de los actos administrativos proferidos en el proceso de selección iniciado con la expedición de la resolución N° 040 de 2015, motivo por el cual el contexto procesal idóneo para definir dichos planteamientos corresponde a los medios de control consagrados en la ley 1437 de 2011.

No obstante lo anterior, considero que la acción de tutela resulta procedente para resolver la controversia planteada dado que se deriva de la provisión de un cargo de carrera administrativa que actualmente se encuentra ocupado en provisionalidad, situación en la que bajo ciertos parámetros la jurisprudencia ha determinado la viabilidad del amparo Constitucional.

En efecto, la Corte Constitucional ha definido la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción 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 mérito¹. 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. (...)

En este contexto, considero que el presente caso se enmarca dentro de una de las reglas de excepción para la procedencia de la acción de tutela referente a los eventos en que *“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”*.

En efecto, para el caso concreto la falta de prueba al momento de proferirse la decisión, sobre la existencia de un acto de nombramiento de las personas que integran los registros de elegibles para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II impedía que a las personas que ocupan el cargo en provisionalidad les fuera exigible la defensa de sus intereses mediante la utilización de los

¹ 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.

mecanismos ordinarios de control judicial como los medios de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho o nulidad electoral.

Al respecto, 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:

(...) 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 aunque en el caso del accionante existe una lista de elegibles contenida en la resolución N° 357 de 11 de julio de 2016, resulta improcedente exigir que se cuestione la ilegalidad de dicha decisión mediante la utilización de los medios de control ordinarios, máxime si se tiene en cuenta que está tiene la facultad de producir efectos frente a las personas que superaron el proceso de selección y no en relación con las personas que ocupan en provisionalidad los cargos a proveer.

Esta situación se resalta aún más en casos como el presente en el cual el accionante cuestiona la idoneidad del registro de elegibles para proveer el cargo que ocupa ante la falta de inclusión del mismo en la convocatoria efectuada por la resolución N° 040 de 2015.

En consecuencia, considero que en el presente caso, conforme a las situaciones jurídicas acreditadas al momento de adoptarse la decisión, la acción de tutela resultaba procedente como un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales del accionante que resulta afectado por un presunto desconocimiento de la estabilidad laboral relativa que se deriva de su nombramiento en provisionalidad.

Ahora bien una vez establecida la procedencia de la acción y frente al fondo del asunto, se advierte que el accionante no acreditó encontrarse dentro de los

supuestos de aplicación del precedente establecido por la sentencia SU – 446 de 2011 en la cual, la Corte Constitucional estableció que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política están obligadas a proveer únicamente las vacantes que correspondan estrictamente a los cargos ofertados en un proceso de selección, respetando siempre el orden de su conformación.

Lo anterior, dado que, si bien, se encontró demostrado que en razón a las exigencias establecidas en las leyes 975 de 2005 y 1424 de 2010, en la Planta de Cargos de la Procuraduría General de la Nación se crearon Cargos de Procurador Judicial I y II de Justicia y Paz, ante la necesidad específica de intervención del Ministerio Público en un proceso que tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, la parte accionante no logró demostrar que en la actualidad desempeña un cargo creado en virtud de dicha normativa y por el contrario, los decretos aportados al plenario permiten inferir que su empleo se denomina "Procurador 363 Judicial II Penal" Código 3PJ, Grado, EC, con sede en Bogotá D.C.

De esta forma, resulta improcedente asimilar el cargo desempeñado por el accionante, al cargo de Procurador Judicial de Justicia y paz II, y por el contrario, de su denominación, se puede inferir que se encuentra adscrito a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público para Asuntos Penales.

En consecuencia, la pretensión de amparo formulada por el accionante no se encontraría llamada a prosperar.

Atentamente,



LUZ STELLA ALVARADO OROZCO
Magistrada