



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 N°169

Magistrado Ponente: Dr. RONALD OTTO CEDEÑO BLUME

ACCIÓN:	TUTELA
ACCIONANTE:	DIANA MARGARITA JAIMES PLATA Y OTROS
ACCIONADO:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
RADICACIÓN:	76001-23-33-011-2016-01189-00 (ACUMULADO 76001-23-33-011-2016-01190-00, 76001-23- 33-011-2016-01197-00, 76001-23-33-011-2016 01220-00)

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 las acciones de tutela promovidas por los señores **DIANA MARGARITA JAIMES PLATA**, **RICHARD PRADA ORTEGA**, **SAMUEL SERRANO GALVIS** y **CAMILO TORRES MUNAR** contra la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y **LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA**, acumuladas mediante auto del 10 de agosto de 2016, proferido por el Despacho de la Magistrada Ponente.²

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

² Folios 179 a 180.

ACCIÓN:
RADICACIÓN:
ACTOR:
ACCIONADA:

TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
76001-23-33-011-2016-01189-00
DIANA MARGARITA JAIMES PLATA y OTROS
PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRO

2

3. LA DEMANDA

Los señores **DIANA MARGARITA JAIMES PLATA, RICHARD PRADA ORTEGA, SAMUEL SERRANO GALVIS y CAMILO TORRES MUNAR** instauraron acción de tutela contra la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA**, con el fin de obtener la protección de su derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado por la entidad accionada, al proferir las Resoluciones N° 357 de 11 de julio de 2016 y N° 340 de 8 de julio de 2016, mediante las cuales se configuró la lista de elegibles para las convocatorias N° 011-2015 y N° 004-2015, con el objeto de proveer los cargos de Procurador Judicial I y II adscritos a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, entre los cuales se incluyeron los de Procurador 1, 2 y 3 Judicial II Apoyo Víctimas de Bogotá y el de Procurador 26 Judicial I Apoyo a Víctimas de Bogotá; cargos que actualmente ocupan en provisionalidad, y que no fueron objeto de las referidas convocatorias, por no pertenecer a la Delegatura de la Procuraduría en Asuntos Penales.³

4. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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 desempeñan los accionantes; señaló además que no se cumple el requisito de inmediatez, como quiera que la apertura del proceso de selección se dio el 20 de enero de 2015.⁴

Resaltó también, que sin perjuicio de la denominación que tengan los cargos de Procurador Judicial I y II, 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.

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

³ Folios 1 a 17 del cuaderno 1, 1 a 16 del cuaderno 2, 1 a 16 del cuaderno 3, folios 1 a 14 del cuaderno 4.

⁴ Folios 149 a 178 del cuaderno 1, 133 a 145 del cuaderno 2, 103 a 114 del cuaderno 3.

ACCIÓN:	TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN:	76001-23-33-011-2016-01189-00
ACTOR:	DIANA MARGARITA JAIMES PLATA y OTROS
ACCIONADA:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRO

facultada para modificar la naturaleza o los requisitos de los cargos ofertados.⁵

4.3. Los señores **CLAUDIA PATRICIA GARCÍA GÓMEZ, RAÚL GUTIÉRREZ ZAMBRANO, MARGARITA ROSA SALAS, MARÍA URINA VALENCIA, RUTH SILVANA CORTÉS BOLAÑOS, MARÍA LILIA MUÑOZ OLAYA, MARCELA RAMÍREZ CARVAJAL, BORYS GUTIÉRREZ STAND y JULIO CESAR ZAMBRANO PEREA**, 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 las convocatorias N° 004- 2015 y N° 011-2015; manifestaron que la presente acción de tutela se tornaba improcedente por no cumplir con el requisito de subsidiaridad y no estar demostrada la configuración de un perjuicio irremediable para los actores.⁶

5. 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 I y II adscritos 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 de los accionantes, al incluir en la lista de elegibles para proveer los cargos de Procurador Judicial I y II adscritos a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, los cargos de Procurador 1, 2 y 3 Judicial II Apoyo Víctimas de Bogotá y el de Procurador 26 Judicial I Apoyo a Víctimas de Bogotá?

6. 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

⁵ Folios 161 a 165 del cuaderno 2, 92 a 94 del cuaderno 3, 146 a 150 del cuaderno 4.

⁶ Folios 139 a 148, 187 a 198 del cuaderno 1, 92 a 132, 171 a 177 del cuaderno 2, folios 82 a 91, 97 a 102, 126 a 137 del cuaderno 3, folio 151 a 161 del cuaderno 4.

ACCIÓN:	TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN:	76001-23-33-011-2016-01189-00
ACTOR:	DIANA MARGARITA JAIMES PLATA y OTROS
ACCIONADA:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRO

alternativo, ni complementario, ni puede ser estimada como un último recurso"⁷.

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 judiciales⁸; 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 posteriores⁹, 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**; discuriendo 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 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 5º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991), el Tribunal Constitucional discurió que es posible estudiar el efecto concreto de dichas normas y del acto particular en el que

⁷ Así lo estableció la Corte desde la sentencia C-543/92.

⁸ Al respecto ver, entre muchas otras, las sentencias T-367/08, C-590/05, y T-803/02.

⁹ Sentencia T-425 del 26 de abril 2001, Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002.

ACCIÓN:	TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN:	76001-23-33-011-2016-01189-00
ACTOR:	DIANA MARGARITA JAIMES PLATA y OTROS
ACCIONADA:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRO

se manifiestan, para determinar si afectan de manera específica a algunas personas, en cuanto a sus derechos fundamentales.¹⁰

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.¹¹

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 administrativas¹².

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".¹³

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.¹⁴

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 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". Si el accionante no demuestra

¹⁰ Sentencia T-1098 de 2004,

¹¹ *Ibíd.*

¹² Sentencia T-090 de 2013.

¹³ Sentencia T-319 de 2014.

¹⁴ Sentencia T-090 de 2013.

ACCIÓN:	TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN:	76001-23-33-011-2016-01189-00
ACTOR:	DIANA MARGARITA JAIMES PLATA y OTROS
ACCIONADA:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRO

que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela se torna improcedente.¹⁵

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.

7. HECHOS PROBADOS Y RESOLUCIÓN DEL CASO

7.1. Afirman los actores que la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y **LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA** vulneraron su derecho fundamental al debido proceso, al proferir las Resoluciones N° 357 de 11 de julio de 2016 y N° 340 de 8 de julio de 2016, mediante las cuales se configuraron las listas de elegibles para proveer los cargos de Procurador Judicial I y II adscritos a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, que actualmente desempeñan en provisionalidad; los cuales según indican, no fueron convocados en las convocatorias N° 011-2015 y N° 004-2015.

Sostienen los actores, que los cargos de Procuradores 1, 2 y 3 Judicial II Apoyo Víctimas de Bogotá y Procurador 26 judicial I Apoyo Víctimas de Bogotá, fueron creados con el propósito de atender los requerimientos efectuados en materia de los derechos de las víctimas consagrados en la Ley 1424 de 2010 y 1448 de 2011, es decir que no hacen parte de la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en asuntos Penales, y por tanto no pueden entenderse convocados en las convocatorias N° 011-2015 y N° 004-2015, en las que se incluyeron los cargos de dicha delegatura.

7.2. 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

¹⁵ Ibídem.

ACCIÓN:	TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN:	76001-23-33-011-2016-01189-00
ACTOR:	DIANA MARGARITA JAIMES PLATA y OTROS
ACCIONADA:	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRO

para proveer los cargos de Procurador Judicial I y 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 definido 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 derecho¹⁶; 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 vulnerado¹⁷.

7.3. 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 a los actores, 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 cuestionan por esta vía constitucional los actores 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.

¹⁶ Ver sentencias T-211/09, T-001/07, T-580/06, T-760/05, T-822/02 y T-003/92.

¹⁷ Ver, entre otras, las 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:	76001-23-33-011-2016-01189-00
ACTOR:	DIANA MARGARITA JAIMES PLATA y OTROS
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 permiten a los actores exponer los argumentos que hoy plantean a través de este mecanismo y contempla escenarios de defensa y contradicción, que resultan eficaces para debatir las objeciones presentadas por los tutelantes, contra la legalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión del concurso para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II de 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 (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.

7.4. 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, como quiera que no está acreditada la inminencia

ACCIÓN: TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN: 76001-23-33-011-2016-01189-00
ACTOR: DIANA MARGARITA JAIMES PLATA y OTROS
ACCIONADA: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRO

de un perjuicio irremediable; pues la supuesta afectación de derechos fundamentales no es de tal magnitud que impida a los accionantes acudir a las acciones contencioso administrativas, que como se ha visto en líneas anteriores, resultan completamente eficaces e idóneas para evitar la consumación de un posible daño, al no tratarse de sujetos de especial protección constitucional o que se encuentren 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 sean desvinculados de sus cargos, 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 las personas que actualmente ocupan en provisionalidad, los cargos que se pretenden 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 los señores **DIANA MARGARITA JAIMES PLATA, RICHARD PRADA ORTEGA, SAMUEL SERRANO GALVIS y CAMILO TORRES MUNAR** contra la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA**, de conformidad con las consideraciones expuestas.

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

TERCERO: 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 1991.

ACCIÓN:
RADICACIÓN:
ACTOR:
ACCIONADA:

TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA
76001-23-33-011-2016-01189-00
DIANA MARGARITA JAIMES PLATA y OTROS
PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRO

10

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

QUINTO: 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 CEDEÑO BLUME


LUZ STELLA ALVARADO OROZCO
SUO VOTO


OSCAR ALONSO VALERO NISIMBLAT

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

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

Salvamento de Voto

Proceso No : 76-001-23-33-011-2016-01189-00
Proceso acumulado

76-001-23-33-011-2016-01190-00
76-001-23-33-011-2016-01197-00
76-001-23-33-011-2016-01220-00

Acción : TUTELA

Accionantes : Diana Margarita Jaimes Plata
Richard Prada Ortega
Samuel Serrano Galvis
Camilo Torres Munar

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 las acciones de tutela presentadas por los señores Diana Margarita Jaimes Plata, Richard Prada Ortega, Samuel Serrano Galvis y Camilo Torres Munar.

En el presente caso, los integrantes de la parte accionante sostienen que la Procuraduría General de la Nación amenaza su derecho fundamental al debido proceso al Internar proveer en propiedad los cargos que actualmente desempeñan en la entidad correspondientes a Procuradores 1, 2 y 3 Judicial II Apoyo Víctimas de Bogotá y Procurador 26 judicial I Apoyo Víctimas de Bogotá, sin haberlos 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 señalan que en las convocatorias públicas N° 004 – 2015 y N° 011 -2015, las cuales hacen 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 y 149 cargos de Procurador Judicial I código y grado 3PJ – EG 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 incluyeron los que actualmente ocupan los accionantes, los cuales tienen una naturaleza jurídica distinta, toda vez que fueron creados 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 velar por la garantía de los derechos de las víctimas por lo cual no pueden calificarse como adscritos a la Procuraduría Delegada para Asuntos Penales.

En consecuencia, si bien, mediante la resolución N° 040 de 20 de enero de 2015 y sus anexos denominados convocatoria N° 4 – 2015 y N° 011 -2015 se ofertaron 67 cargos de Procurador Judicial II (código 3PJ – EC) y 32 cargos de Procurador Judicial I (código 3PJ – EG) para la ciudad de Bogotá, dichas convocatorias no pueden tomarse como válidas para proveer los cargos de Procuradores 1, 2 y 3 Judicial II Apoyo Víctimas de Bogotá y Procurador 26 judicial I Apoyo Víctimas de Bogotá, toda vez que dichos empleos no hacen parte de la Procuraduría Delegada para Asuntos Penales, a la 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 incluidos en las convocatorias N° 04 – 2015 y 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, advierten 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 de los registros de elegibles y procedió a declarar la improcedencia de la acción, considerando que la discusión planteada por los accionantes 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 por los accionantes dado que se deriva de la provisión de cargos de carrera administrativa que actualmente se encuentran ocupados 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 5° del artículo 6° 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. (...)

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.

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, en 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 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 de los accionantes existen listas de elegibles contenidas en las resoluciones N° 357 de 11 de julio de 2016 y N° 340 de 8 de julio de 2016, resulta improcedente exigir que se cuestione la ilegalidad de dichas decisiones mediante la utilización de los medios de control ordinarios, máxime si se tiene en cuenta que éstas tienen 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 los accionantes cuestionan la idoneidad de los registros de elegibles para proveer los

cargos que ocupan ante la falta de inclusión de los mismos 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 de los accionantes que son víctimas de un presunto desconocimiento de la estabilidad laboral relativa que se deriva de sus nombramientos en provisionalidad.

Ahora bien una vez establecida la procedencia de la acción y frente al fondo del asunto, la controversia debió definirse a favor de los accionantes en 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 al encontrarse demostrado que en razón a las exigencias establecidas en las leyes 1424 de 2010 y 1448 en materia de verdad, justicia y reparación para las víctimas del conflicto armado, la Procuraduría General de la Nación dio inicio a un proceso de reestructuración administrativa que empezó con la ampliación de su planta de cargos de Procuradores Judiciales mediante el decreto 2246 de 2011 proferido por el Presidente de la República.

Posteriormente, a través el Decreto N° 2246 de 2011 se modificó el artículo 29 del decreto ley 262 de 2000, el cual establece la función de intervención judicial en los procesos penales por parte de las Procuradurías Delegadas, señalando mediante la creación del numeral 11.4. que en materia de justicia transicional, estas dependencias debían velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la ley por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno.

En este contexto, por conducto de la resolución N° 437 de 2013, por medio de la cual se modifica y adiciona la Resolución número 017 de 2000, se estableció que la función de intervención judicial en los procesos penales para el cumplimiento de la función del referido numeral 11.4. se llevaría a cabo por conducto de las Procuradurías Judiciales de Apoyo a las Víctimas del Conflicto Armado I y II, atendiendo un criterio de especialidad.

Así las cosas, tenemos que el cargo de Procurador Judicial de Apoyo a las Víctimas fue creado ante la necesidad específica de velar por la garantía de los derechos de las víctimas del conflicto armado y se produjo como consecuencia de una reforma estructural de la Procuraduría General de la Nación que derivó en la asignación de competencias claras y precisas de intervención en los procesos penales.

De esta forma, resulta improcedente asimilar los cargos de “Procurador 1, 2 y 3 Judicial II Apoyo Víctimas de Bogotá” y el cargo de “Procurador 26 Judicial I Apoyo Víctimas de Bogotá” desempeñados por los integrantes de la parte accionante, a los cargos de Procurador Judicial I y II adscritos a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público para Asuntos Penales, pues se trata de empleos con justificaciones distintas.

En consecuencia, la especificidad funcional de los cargos de Procurador Judicial I y II de Apoyo a las Víctimas y la falta de claridad sobre la inclusión de éstos en las convocatorias N° 004 – 2015 y N° 011- de 2015, en las cuales se ofertaron 208 y

149 cargos respectivamente asignados a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público para Asuntos Penales, conllevaría a la procedencia de la acción de amparo formulada por los accionantes como medio de protección de su derecho fundamental al debido proceso y la garantía laboral conforme a la cual los cargos ocupados en provisionalidad únicamente pueden proveerse a través de un proceso selección en el cual hayan sido ofertados en debida forma.

Atentamente,



LUZ STELLA ALVARADO OROZCO
Magistrada