



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA PENAL

28 JUL 2016 4:59 PM

Tutela 1ª instancia: 110012215000201602864 00
Accionantes: JAVIER ANDRÉS CARRIZOSA CAMACHO, OSCAR IVÁN
HERNÁNDEZ SALAZAR Y JOSÉ FERNANDO OSORIO
CIFUENTES
Accionado: Procuraduría General de la Nación

Bogotá, D. C, lunes, veintiocho (28) de Noviembre de dos mil dieciséis (2016).

Una vez verificado que no existen demandas de similar naturaleza en otros Tribunales del país, ADMITASE la demanda interpuesta por JAVIER ANDRÉS CARRIZOSA CAMACHO, OSCAR IVÁN HERNÁNDEZ SALAZAR Y JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES mediante la cual reclaman el amparo de su derecho fundamental al debido proceso.

En consecuencia, se ordena correr traslado del escrito al Procurador General de la Nación y como podrían resultar afectados derechos de otros sujetos vincular al presente juicio constitucional a CARMENZA DEL SOCORRO GUZMÁN LÓPEZ Procuradora 164 Judicial II Penal de Santa Marta, a HENNY SAMUEL MÁRQUEZ GONZÁLEZ Procurador 111 Judicial II Penal, ALICIA BARCO CÁRDENAS Procuradora 126 Judicial II Penal de Medellín, MARIA PATRICIA SANTACOLOMA VILLA Procuradora 152 Judicial II Penal de Pereira, al Doctor VIDAL MANOSALVA Procurador 115 Judicial II Penal de Florencia así las cosas, para que dentro del término de un (1) día ejerzan su derecho de defensa con la advertencia que si no allegan respuesta dentro del plazo señalado, se tendrán por ciertos los hechos narrados de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

INFÓRMESE de esta decisión a los accionantes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO POVEDA PERDOMO
MAGISTRADO

Bogotá D.C., 25 de octubre de 2016.

SECRET SALA PENAL TSB

26 OCT '16 AM 10:53

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sala de Decisión Penal

Ciudad.

Ref: Acción de tutela contra actos administrativos proferidos por la Procuraduría General de la Nación en el marco de concurso de méritos.

Javier Andrés Carrizosa Camacho, José Fernando Osorio Cifuentes y Oscar Iván Hernández Salazar, mayores y domiciliados en Bogotá, actuando en calidad de integrantes de la lista de elegibles establecida mediante las resoluciones 357 y 358 de 2016, por medio de las cuales el señor Procurador General de la Nación, en desarrollo de la Resolución 040 de 2015 integró la lista de elegibles para proveer los 208 cargos ofertados en la convocatoria 004 de 2015, nos permitimos promover acción de tutela contra la Procuraduría General de la Nación, entidad que ha proferido actos administrativos con los que, de manera flagrante, se modifican las reglas del concurso en materia de provisión de los cargos ofertados.

Dichas modificaciones constituyen vías de hecho, que transgreden el principio constitucional de confianza legítima, y violan nuestros derechos fundamentales a la igualdad, el trabajo, el debido proceso, y de acceso a los cargos públicos a través del Concurso de Méritos.

I. Hechos.

1.- Los acá accionantes nos inscribimos para participar en la convocatoria N° 004 de 2015 de la Procuraduría General de la Nación, para proveer 208 cargos de Procurador Judicial II en Asuntos Penales a nivel nacional.

2.- Superadas todas las etapas del concurso de méritos, se prohirieron las resoluciones 357 y 358 de 2016, por medio de las cuales se constituyó la lista de elegibles para proveer 208 cargos de Procurador Judicial II en Asuntos Penales, publicada en la página web del Concurso los días 11 y 12 de julio respectivamente, lista que quedó integrada por 366 concursantes que cumplimos la totalidad de los requisitos estatuidos tanto en la Resolución 040, como en la convocatoria 004 de 2015.

3.- Una vez publicada la lista de elegibles, de conformidad con el artículo 217 del Decreto 262 de 2000, la entidad accionada realizó los nombramientos de 206 de los 208 cargos a proveer, quedando dos pendientes: uno en virtud de una situación administrativa (estado de embarazo de la Dra. Aris Arriaga Andrade, Procuradora 128 Judicial II Penal de Medellín), y otro con base en una decisión judicial (medida provisional que pesaba sobre la Procuraduría 164 Judicial II de Santa Marta, que reconoció la condición de prepensionado del Dr. Jairo Neira Trespalacios, ordenada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta).

4.- La acción de Tutela interpuesta por el Dr. Jairo Neira Trespalacios fue remitida al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, despacho del Dr. Bustos Bustos, quien procedió a acumularla con otras acciones que en igual sentido se tramitaban contra la Procuraduría General de la Nación.

5.- Este último despacho judicial, mediante decisión del 22 de agosto de 2016, dentro del radicado 110012204000-2016-02056, denegó por improcedente la acción de tutela propuesta por el accionante Neira Trespalacios, y en consecuencia revocó la medida provisional que pesaba sobre el cargo de Procurador 164 Judicial II Penal de Santa Marta. Esta procuraduría entonces, desde esa fecha, quedó disponible para el agotamiento de los nombramientos de la lista de elegibles.

6.- El 8 de septiembre de 2016 el Tribunal Administrativo de Córdoba – Sala Cuarta de Decisión, al resolver la Acción de tutela instaurada por Carmenza del Socorro Guzmán López, (Procuradora 134 Judicial II Penal de Montería) radicada bajo el número 2016-00403, ordenó reubicar a la accionante en una de las ocho (8) plazas ofertadas en diferentes convocatorias y no provistas por déficit de concursantes que aprobaron el concurso, frente al número de plazas ofertadas, a saber: 2 cargos en la Procuraduría Delegada para la Restitución de Tierras; 3 en la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales; y 3 en la Procuraduría Delegada para Asuntos de Trabajo y Seguridad Social.

7.- Pese a la claridad de la orden del Tribunal Administrativo de Córdoba – Sala Cuarta de Decisión, en el sentido de reubicar en un cargo ofertado y no provisto por la lista de elegibles, de aquellos a los que se refieren expresamente en las motivaciones del respectivo fallo (8 cargos de convocatorias diferentes a la convocatoria 004), la Procuraduría General de la Nación, profirió el decreto 4662 del 13 de septiembre de 2016, nombrando a la Doctora Carmenza del Socorro Guzmán López en el cargo de Procurador 164 Judicial II Penal de Santa Marta, que hace parte de la convocatoria 04.

8.- Como se observa, el último cargo mencionado no se encuentra dentro de los 8 cargos relacionados en el fallo de tutela, dentro de los cuales debía reubicarse a la accionante según la orden judicial. Por el contrario, dicho cargo se encuentra relacionado dentro de los 208 ofertados para Procurador Judicial

II en Asuntos Penales, que debe ser provisto conforme a la lista de elegibles de que tratan las resoluciones 357 y 358 de 2016.

9.- Esta conducta administrativa irregular, que inicialmente parecía excepcional, se ha ido convirtiendo en regla. Es así como en el cargo de Procurador 111 Judicial II Penal de Medellín, donde fue nombrado el doctor Diego Andrés Ortega Narváez, ocupante del puesto 17 de la lista de elegibles, quien no aceptó el cargo, quedando por tanto dicha plaza disponible para ser provista con la lista de elegibles, mediante decreto 4693 del 20 de septiembre anterior fue nombrado Hennys Samuel Márquez González, quien desempeñaba en provisionalidad un cargo de Procurador Administrativo en Riohacha. El señor Márquez González no hace parte de ninguna lista de elegibles. Su nombramiento en la Procuraduría 111 Judicial II Penal, se motiva en supuesto acatamiento de orden judicial proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, no obstante que la orden de dicha corporación se refiere al evento de que surja una vacante, lo cual no ocurre en este caso.

10.- Idéntica situación ocurre con el cargo de Procurador 126 Judicial II Penal de Medellín, donde fue nombrado Nelson Saray Botero, ocupante del puesto 7 de la lista de elegibles, quien no aceptó el cargo. Por este hecho, dicha procuraduría debe ser provista con la lista de elegibles. No obstante, mediante decreto del presente mes fue nombrada en ella Alicia Barco Cárdenas, quien desempeñó en provisionalidad un cargo de Procurador Judicial II Penal de Bogotá. La señora Barco Cárdenas tampoco hace parte de ninguna lista de elegibles. Su nombramiento en la Procuraduría 126 Judicial II Penal de Medellín, también aparece motivado en supuesto acatamiento de orden judicial proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, no obstante que la orden de dicha Corporación se refiere al evento de que surja una vacante, lo cual no ocurre en este caso.

11.- En el cargo de Procurador 152 Judicial II Penal de Pereira, fue nombrada Julieta Isabel Mejía, ocupante del puesto 96 de la lista de elegibles, quien no

aceptó el cargo. Por este hecho, dicha procuraduría debe ser provista con la lista de elegibles. No obstante, mediante decreto del presente mes, la entidad accionada nombró en ella a María Patricia Santacoloma Villa, quien desempeñó en provisionalidad un cargo de Procurador Judicial II Penal de Pereira. Tampoco la señora Santacoloma Villa hace parte de alguna lista de elegibles. Su nombramiento en la Procuraduría 152 Judicial II Penal de Pereira, se motiva en supuesto acatamiento de orden judicial proferida por el Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, no obstante que aquella orden se refiere al evento de que surja una vacante, lo cual no ocurre en este caso.

12.- En la misma línea irregular, la accionada nombró mediante decreto del presente mes, al Dr. Vidal Manosalva, quien desempeñó en provisionalidad un cargo de Procurador Judicial II Penal de Pereira, en el cargo de Procurador 115 Judicial II Penal de Florencia. En ese despacho había sido nombrado Eduardo Castellanos Roso, ocupante del puesto 203 de la lista de elegibles, quien no aceptó el cargo. Por este hecho, dicha procuraduría debe ser provista con la lista de elegibles. No obstante, a pesar de que el señor Vidal Manosalva no hace parte de ninguna lista de elegibles, su nombramiento, se motiva en supuesto acatamiento de orden judicial proferida por el Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, aunque la orden de dicha corporación se refiere al evento de que surja una vacante, lo cual no ocurre en este caso.

13.- El comportamiento que aquí se describe no es fortuito. En respuesta a algunos derechos de petición cursados por integrantes de la lista de elegibles, la Procuraduría General de la Nación ha afirmado que *"...estos y todos los cargos de la Planta de Personal de la Entidad están a disposición de las autoridades judiciales, que ordenan la reubicación de los servidores en cargos de igual o superior categoría según sea el caso."* Es decir que, según lo entiende la entidad accionada, los derechos relativos de quienes no concursaron o perdieron el concurso, pero tienen la condición de prepensionados, prevalecen sobre los derechos obtenidos por la vía del mérito. Ello, en abierta contradicción con la línea jurisprudencial, que regula la materia en el sentido absolutamente contrario.

14.- Las listas de elegibles configuradas en el marco del concurso de méritos para proveer los cargos de Procuradores I y II de la Procuraduría General de la Nación, tienen una vigencia de apenas dos años. De modo que la ocupación de los cargos no aceptados por personas inicialmente nombradas, o disponibles por declinación de la respectiva posesión, o por renuncia de quien aceptó y se posesionó, con personas en calidad de prepensionadas, como se anuncia en la respuesta del numeral anterior, privilegia los derechos relativos de estas, sobre los de quienes obtuvimos el derecho a acceder a la carrera administrativa por la vía del mérito. Todo lo cual puede conducir a la paradoja de que quien no concursó, o habiéndolo hecho, perdió el concurso disfrute en la práctica la estabilidad propia de la carrera administrativa, mientras que quien adquirió el derecho por la vía del mérito, se vea privado del mismo.

15. A la fecha de elaboración de este escrito se tiene información oficial de que de 208 nombramientos, 199 aceptaron el cargo. Es decir que nueve (9) personas no lo hicieron. Hacen parte de esos despachos las Procuradurías 111, 126 y 349 de Medellín; 91 de Bucaramanga; 152 de Pereira; 115 de Florencia; 138 de Neiva; 24 de Yopal. En principio entonces, se tiene certeza de ocho (8) plazas que deben ser provistas por la lista de elegibles. Es claro entonces que si esos despachos son ocupados, privilegiando derechos relativos, con quienes aducen calidad de prepensionados, sin que las órdenes de tutela, así lo refieran, se violan flagrantemente los derechos de quienes en virtud del mérito y en orden estrictamente descendente, son los legítimamente llamados a ocuparlos.

16.- Los anteriores actos administrativos se apartan de la línea jurisprudencial clara, pacífica y consolidada, según la cual el acceso a la función pública por la vía del concurso de méritos, no puede menoscabarse por la existencia de situaciones como las que aquí se denuncian. Según la misma línea jurisprudencial, el mecanismo para proteger los derechos del prepensionado, es la reubicación en cargos disponibles y similares, no comprometidos para su provisión por lista de elegibles. Por lo que los nombramientos realizados en los cargos de Procurador Judicial II Penal reseñados, que deben proveerse

por lista de elegibles conforme a la convocatoria que regula el concurso, afecta en forma grave los derechos de los suscritos accionantes.

II. Fundamentos jurídicos.

II.1. El Decreto Ley 262 de 2000, que, entre otras materias, reglamenta el ingreso a los cargos de la Procuraduría General de la Nación y los concursos de mérito al efecto, establece en su artículo 216 que *"... La provisión de los empleos objeto de convocatoria será efectuada con quien ocupe el primer puesto en la lista y en estricto orden descendente."*

El riguroso agotamiento de las listas de elegibles en los concursos de méritos, así como las diferentes alternativas de solución cuando se presentan tensiones entre los derechos de los concursantes y los de funcionarios en provisionalidad que se encuentran en situaciones especiales, ha sido objeto de abundantes pronunciamientos de la Corte Constitucional, configurando una línea jurisprudencial sólida, pacífica y constante. Es denominador común de esa doctrina constitucional, que, en ningún caso, los derechos de los integrantes de las listas de elegibles elaboradas por concurso de méritos, ceden ante los derechos de los funcionarios en provisionalidad que se encuentren en situaciones especiales. Ello, sin perjuicio de la obligación que pesa sobre la entidad convocante, de buscar alternativas diferentes, que, de ser posible, garanticen los derechos de personas que se encuentren en esas determinadas situaciones especiales.

Una apretada síntesis del desarrollo de esa línea jurisprudencial, puede resumirse así:

II.2. La carrera administrativa hace parte del núcleo esencial del Estado Social y Democrático consagrado en la Constitución. Su desconocimiento, por tanto,

constituye una amenaza no solo para los particulares concernidos en ella, sino contra la misma estructura constitucional. Consagra la Sentencia C-588/09:

"Es tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional,¹ bajo el entendimiento de que los principios "suponen una delimitación política y axiológica", por cuya virtud se restringe "el espacio de interpretación", son "de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional" y tienen un alcance normativo que no consiste "en la enunciación de ideales", puesto que "su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser"².

Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que "en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional" y, más adelante, precisó que

"...siguiendo los presupuestos que definió la jurisprudencia como esenciales para la configuración de un principio de rango constitucional, al analizar el contenido y alcance de lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta, el intérprete puede, sin lugar a equívoco, reivindicar la carrera administrativa como un principio del ordenamiento superior, que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, a tiempo que se erige en instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría, como los

¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz.

² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

de igualdad e imparcialidad, y de derechos fundamentales tales como el consagrado en el numeral 7º del artículo 40 de la Constitución, que le garantiza a todos los ciudadanos, salvo las excepciones que establece la misma norma superior, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos”³. (Altas nuestras).

II.3. La aprobación de las diferentes etapas de un concurso de méritos, y la consecuente inclusión de la persona en la lista de elegibles, no constituye una mera expectativa, sino un legítimo derecho. La provisión de los cargos debe hacerse en estricto orden descendente, de tal manera que si quienes ocupan los puestos superiores, por alguna circunstancia, no aceptan el nombramiento, quienes los siguen tienen el mismo derecho a ser nombrados. La Sentencia T-326 de 2014, cita:

“La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. (...)”

“La Corte ha sido clara en señalar que “aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido”⁴. Quien ocupa el segundo lugar tiene también el derecho a ser designado cuando son varios los empleos ofertados o siendo uno, en el evento de que la persona que ocupe

³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz. Estos criterios han sido reiterados en las Sentencias C-1230 de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil y C-532 de 2006. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴ Sentencias T-455 de 2000 (MP José Gregorio Hernández Galindo), SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio), T-156 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

el primer lugar en la lista, por ejemplo, no acepte por alguna razón el nombramiento.”. (Altas fuera de texto).

La misma sentencia, reiterando lo dicho en la Sentencia C-041 de 1995, dice:

“Estos criterios han sido reiterados y así, por ejemplo, en la Sentencia C-041 de 1995 la Corte condicionó la exequibilidad de un precepto que sólo se refería a “la conformación de la lista de elegibles” a que se entendiera que esa lista debería estructurarse “en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso” y que “el ganador del concurso deberá ser el nominado y que efectuado uno o más nombramientos, los puestos se suplirán de acuerdo con las personas que sigan en estricto orden descendente.”.

II.4. El agotamiento de la lista de elegibles, como instrumento del concurso de méritos, para la provisión de las plazas ofertadas, tiene carácter obligatorio y no discrecional. Eso lo afirma, por todas, la Sentencia de Unificación SU-446 de 2011, en los siguientes términos:

“La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que a través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta. (...)”

Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se

encuentren vacantes o los que están ocupados en provisionalidad debidamente ofertados. En términos generales, debemos decirlo, el Estado convoca a un concurso público porque tiene plazas vacantes u ocupadas en provisionalidad que deben ser provistas mediante el sistema de concurso público, pues, tal como lo señaló esta Corporación en la sentencia T-455 de 2000 "Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo (pues) carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento. En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo".

"Así, cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en el cargo objeto del concurso, la administración debe nombrar para ocuparla a quien se encuentre en el primer lugar de ese acto y a los que se encuentren en estricto orden descendente, si se ofertó más de una plaza y se presenta la necesidad de su provisión, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y su prestación efectiva, sino el respeto por los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias." (Altas y subrayas, parcialmente ajenas al texto).

II.5. La jurisprudencia ha reconocido ciertos derechos a personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera. En principio, estos se restringen a la posibilidad de no ser removidos sino por causas disciplinarias, por baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza.

II.5.2. Dentro de ese universo, también se han reconocido particulares derechos a personas que se encuentren en situaciones especiales, como ser padre o madre cabeza de familia sin alternativa económica, prepensionados, y personas con algún tipo de discapacidad. Este fenómeno se conoce como

"Retén Social" y tiene su origen en la ley 790 de 2002, orientada a la implementación del Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP). La aplicación de la protección especial de los prepensionados, en ese marco, estaba claramente condicionada a la liquidación de la entidad donde laboraban. Aunque con posterioridad la Corte Constitucional reconoció derechos similares a los funcionarios en circunstancia de prepensionados, con fuente directa en derechos constitucionales como el de la igualdad, en ningún caso y de ninguna manera tales derechos se han hecho prevalecer sobre los derechos de quienes aprobaron satisfactoriamente un concurso de méritos y, por ello, hacen parte de las listas de elegibles.

Un modelo de claridad sobre el origen, desarrollo y alcances de esa protección especial, y la distinción del tratamiento de que es objeto en el marco de un concurso de méritos, así como la prevalencia de los derechos de integrantes de la lista de elegibles, está contenido en la sentencia de tutela proferida apenas el pasado 29 de septiembre, por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. José Luís Barceló Camacho, dentro del radicado 87.926. Esa sentencia, que confirma la que en primera instancia negó las pretensiones de la accionante Ángela María Arroyave Bustamante, quien invocó la condición de prepensionada para solicitar el amparo de su estabilidad laboral en el marco del mismo concurso que ahora ocupa nuestra atención, afirma:

"Empero, para la resolución del caso que se examina debe tenerse en cuenta que uno es aquél escenario, planteado por el artículo 12 de la Ley 790/02 y la sentencia SU897/12, que es el de la supresión de un cargo por razón del Programa de Renovación de la Administración Pública – PRAP, y otro bien diferente es el que enmarca la situación de la aquí accionante. Por eso, en el fallo precitado la Corte Constitucional precisó:

'(...) la Corte concluyó en esa oportunidad, y ratifica en ésta, que el Programa de Renovación de la Administración y el "retén social" "tienen una relación de causalidad y coetaneidad". Así, la primera condición para ser considerado "prepensionado" o "persona próxima a

pensionarse" será que la entidad donde labora se haya liquidado como consecuencia del PRAP. (...)

Distinta es la situación cuando el retiro del cargo es motivado por la provisión del mismo mediante concurso de méritos, tal como lo puntualizó la Corte Constitucional en la sentencia T-729/10:

(...) En el caso, objeto de estudio, la entidad no se encuentra en liquidación, ni su planta está siendo reformada para alcanzar una mayor eficiencia. El conflicto se ubica en un plano diferente: la necesidad de armonizar el mandato según el cual el acceso a los cargos públicos debe darse con base en el mérito, en defensa del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, y de la concepción participativa de la democracia, con el interés de quienes actualmente ocupan esos cargos sin haber ingresado por la vía del concurso.

(...) En el mismo sentido, la decisión de desvincular a quienes no aprobaron fases decisivas del concurso de méritos, resultaba idónea para garantizar la eficacia del mandato democrático de asegurar el ingreso a la carrera solo en razón del mérito.

Aplicando las anteriores pautas al caso en examen se tiene que:

- 1) La estabilidad en el cargo de Procuradora 114 Judicial II Administrativa de la doctora ÁNGELA MARÍA ARROVE BUSTAMANTE era relativa, porque su nombramiento fue efectuado en provisionalidad (hecho 2 de la demanda).
- 2) La accionante tenía conocimiento de la precariedad de su estabilidad laboral, por la naturaleza de su nombramiento, debido a la orden de la Corte Constitucional de proveer mediante concurso de méritos los cargos de

procuradores judiciales I y II, contenida en la sentencia C-101/13, y por razón de la expedición de la Resolución N°040 de 2015 y la publicación de la Convocatoria N°006-2015 (hecho 3 de la demanda).

3) La demandante no figura en la lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial II, código y grado 3PJ-EC, dependencia Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, ofertado mediante la Convocatoria N°006-2015. Dicha lista está contenida en la Resolución N°345 del 8 de julio de 2016, consta de 239 aspirantes frente a 94 empleos a proveer (fol. 76 a 79 vto.).

4) Mediante el Decreto N°3329 del 8 de agosto de 2016, es decir, un día antes de que la solicitud de amparo fuera admitida y se decretara la medida provisional, el señor Procurador General de la Nación nombró, de la lista de elegibles, en período de prueba, al doctor Carlos Mauricio García Casas en el cargo de "Procurador Judicial II Código 3PJ, Grado EC, en la Procuraduría 114 Judicial II Administrativa, con sede en la ciudad de Medellín" (fol. 238 y 239), esto es, el empleo que ocupaba la aquí accionante.

Se materializó así para este concursante un derecho subjetivo, sobre el que la Corte Constitucional ha expresado:

(...) la jurisprudencia también ha identificado que resulta plenamente justificado, desde la perspectiva constitucional, que los ciudadanos que superan satisfactoriamente los procesos de selección, adquieran un derecho subjetivo, de índole superior, de ingreso al servicio público. (...) Estos derechos, a su vez, imponen un acceso preferente al cargo, que subordina la permanencia en el empleo del servidor que lo ostente y que no haya ingresado al mismo mediante concurso público de méritos. (...)

9. (...) A su vez, la superación satisfactoria del concurso de méritos confiere al aspirante seleccionado un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible respecto de la Administración y de los servidores que ejercen el cargo ofertado en condición de provisionalidad. (CC T-186/13).

(...) Para la resolución de esa colisión la Corte Constitucional ha indicado que debe hacerse un ejercicio de ponderación, de tal forma que "(...) en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada, particularmente porque se está ante la pluralidad de cargos, sin que todos ellos se hayan proveído por el concurso, la autoridad administrativa estará obligada a preferir una solución razonable, basada en la protección simultánea de los derechos constitucionales del aspirante y del prepensionado". (CC T-186/13).

Así las cosas, retomando los criterios empleados por la Corte Constitucional en la sentencia T-729/10, que fueron reiterados en la T-186/13, se tiene que la decisión de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN de desvincular a la doctora ÁNGELA MARÍA ARROYAVE BUSTAMANTE y hacer nombramiento de la lista de elegibles resultó ser tanto idónea como necesaria, teniendo en cuenta que los cargos a proveer eran 94, la lista de elegibles estaba compuesta por 239 concursantes y el empleo en cuestión lo proveyó con el aspirante que se encontraba en el rango N°93, el doctor Carlos Mauricio García Casas.

Luego entonces, dentro de ese preciso ámbito el organismo de control no contaba con un margen de maniobra que le permitiera mantener la vinculación de la accionante sin desconocer el derecho de quien superó con éxito las etapas del concurso de méritos, ya que, se repite, el número de integrantes de la lista de elegibles era superior al doble de la cantidad de cargos a proveer." (Destacados fuera de texto).

No queda entonces la menor duda de que existe unanimidad y coherencia entre los pronunciamientos de las Altas Cortes, en el sentido de reconocer que, aunque en los procesos de implementación de la carrera administrativa por la vía del concurso de méritos, se debe procurar la menor afectación posible de los funcionarios prepensionados que se desempeñan en provisionalidad, tal propósito solo puede cumplirse cuando en las circunstancias concretas resulta posible. Pero en ningún caso la realización de esa deseable finalidad, puede llegar al extremo de sacrificar los derechos de quienes, por haber superado exitosamente las fases del concurso, adquieren *"un derecho subjetivo, de índole superior, de ingreso al servicio público"*.

II.5.3. En síntesis, los derechos de los concursantes ganadores y por tanto integrantes de las listas de elegibles, son prevalentes. Cuando la entidad decide, o se ve obligada, a implementar un concurso de méritos, debe tomar la precaución de establecer, previamente a la convocatoria, el número de personas nombradas en provisionalidad en cargos de carrera, que se encuentren en las siguientes situaciones: Madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica, prepensionados, y personas en situación de discapacidad.

Esa determinación previa debe aplicarse al momento de ofertar los cargos, convocando al concurso solamente el número de plazas disponibles, dejando las restantes para ir las ofertando a medida que desaparecen las situaciones especiales. Pero si no lo hace, como al parecer ocurre en el concurso que ocupa nuestra atención, en todo caso, esa falta de precaución no puede resolverse desconociendo los derechos de los integrantes de la lista de elegibles, que son prevalentes.

La irregularidad de utilizar las plazas que quedan disponibles por la no aceptación del concursante nombrado, o su no posesión en el cargo, o por renuncia posterior del poseionado, para nombrar en ellas en provisionalidad a personas que no concursaron o perdieron el concurso y alegan condición

de prepensionados, en lugar de suplirlas con la lista de elegibles, configura flagrante violación de los derechos de los integrantes de esta última, privilegiando los derechos de quien no concursó o perdió el concurso, sobre los derechos adquiridos por la vía del mérito.

Los derechos a la estabilidad relativa de los funcionarios de provisionalidad, así se encuentren en circunstancias especiales, sólo pueden protegerse cuando en las circunstancias concretas ello resulta posible, pero en ningún caso prevalecen sobre los derechos de los integrantes de la lista de elegibles. Al respecto es ilustrativa, entre otras, la ya citada Sentencia SU-446 de 2011, que sirve de apoyo, entre muchas sentencias, a la muy reciente (18 de agosto anterior), proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Eyder Patiño Cabrera, dentro del radicado 87357, en la cual se niegan las pretensiones de prepensionada a la accionante Gloria Inés Ramírez, en el marco de este mismo concurso de la Procuraduría General de la Nación. Dice la sentencia de unificación:

"Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución,

esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando. (Subrayas y destacado ajenas al original. Altas últimas, originales).

II.5.4. Aún más recientemente, y también dentro del marco de este concurso, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver la acción de tutela interpuesta por Mauro Libardo Rivera y Gloria Amparo Páez, dentro de los radicados 2016-01663-01 y 2016-01675-01, con ponencia de la Dra. Martha Ruth Ospina Gaitán, negó las pretensiones de los accionantes, a pesar de su aducida condición de prepensionados, ante el hecho indiscutible de que la lista de elegibles supera con creces la cantidad de cargos a proveer, siendo los derechos de esa lista, prevalentes sobre los alegados por aquellos. Dice la sentencia:

“En gracia de discusión, frente al tema de la estabilidad laboral de los servidores públicos nombrados en provisionalidad, la jurisprudencia constitucional, entre otras, en sentencias T-1011 de 2003, T-951 de 2004, T-437 de 2008, T-087 de 2009, y SU917 de 2010 consideró que dicha estabilidad debía ser considerada como relativa en la medida en que pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan, con una persona de carrera administrativa o sistema específico de carrera, por lo que la culminación de dicho nombramiento por esta causal de ninguna manera podía ser desconocedora de los derechos fundamentales de aquellos empleados, ‘precisamente porque la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos’ (...).”
(Altas nuestras).

En el cuerpo de la misma providencia se inserta un cuadro que contiene la totalidad de los cargos ofertados en las diversas convocatorias. Se evidencia que en la mayoría de ellas –caso de la convocatoria 004-, el número de cargos

ofertados es menor al número de integrantes de las listas de elegibles. Ante esa evidencia, concluye la sentencia en cita:

"Lo anterior es suficiente para concluir que la Sala debe negar la protección constitucional solicitada, en la medida en que ninguno de los nombrados en provisionalidad, aun cuando se trate de sujetos de especial protección del Estado, ostentaba el derecho a permanecer en el empleo público respectivo, por prevalecer los derechos de carrera (el mérito del concurso)".
(Destacamos).

II.6. En conclusión, siendo la carrera administrativa la regla fundamental del acceso a los cargos públicos, al punto de constituir *"un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional"*; el concurso de méritos, su instrumento; y los derechos de los integrantes de la lista de elegibles prevalentes sobre los de personas en situaciones especiales, resulta deseable que la entidad accionada brinde a los funcionarios en condición de prepensionados, de ser posible, una solución que tome en cuenta la afectación de sus derechos tomando en cuenta las circunstancias en el caso concreto. Pero ese propósito, en ningún caso, autoriza el alcance de afectar los derechos de los suscritos accionantes.

III. Derechos Constitucionales Vulnerados y/o amenazados de vulneración.

Como se desprende con facilidad del texto que antecede, el hecho que origina esta acción vulnera los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, la igualdad, el acceso a los cargos públicos, el trabajo, y vulnera flagrantemente el principio constitucional de confianza legítima.

IV. Procedencia.

Es línea jurisprudencial invariable que en los asuntos relacionados con la provisión de cargos por concurso de méritos mediante la lista de elegibles, la acción de tutela es medio idóneo y eficaz de protección, a pesar de la existencia de mecanismos ordinarios para la solución de controversias. En la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, la Corte reiteró esta posición:

"... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.

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 inmediata⁵.

⁵ En tal sentido, la Sentencia SU-913 de 2009 señaló que: "Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su

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. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Las afirmaciones transcritas son, apenas, una muestra de lo que constituye una línea jurisprudencial consolidada e inalterable según la cual, la acción de tutela es el mecanismo eficaz para la protección de los derechos fundamentales violados o amenazados de violación, en el marco de la provisión de cargos por concursos de mérito.

V. PRETENSIONES.

De la manera más comedida y respetuosa solicitamos de la H. Sala, amparar nuestros derechos constitucionales fundamentales señalados como violados por la actuación de la autoridad administrativa accionada, Procuraduría General de la Nación.

En consecuencia, ordenarle que en el término de las 48 horas siguientes la decisión, proceda a revocar todos los actos administrativos que haya proferido

trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado; que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular."

designando en provisionalidad funcionarios prepensionados y de otras situaciones especiales, en los cargos ofertados en la convocatoria 04 de la Resolución 040 de 2015, para proveer 208 cargos de Procuradores Judiciales II en Asuntos Penales."

Complementariamente, se le ordene proceder a excluir de la lista de elegibles a la totalidad de integrantes que ya fueron nombrados; y proceder al agotamiento de la lista de elegibles nombrando a sus integrantes, en orden descendente, en los cargos que no fueron aceptados; en los que los nombrados que aceptaron no se posesionaron, y en aquellos que hayan quedado disponibles por renuncia de los posesionados.

VI. DECLARACION JURADA.

Manifestamos bajo la gravedad del juramento que no hemos promovido acción de tutela, ni ninguna otra acción judicial, en procura de nuestros derechos, ni con la misma o similar finalidad de la presente acción de tutela.

VII. PRUEBAS.

Para que sean tenidos como medio de prueba, anexo copia de los siguientes documentos:

- Resolución 040 de 2015, mediante la cual la Procuraduría General de la Nación convocó al concurso de méritos para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II, la cual contiene la convocatoria 004 de que trata esta acción.

- Lista de elegibles contenida en las Resoluciones 357 y 358 de 2016, por medio de las cuales el señor Procurador General de la Nación, en desarrollo de la Resolución 040 de 2015 integró la lista de elegibles para proveer los 208 cargos ofertados en la convocatoria 004 de 2015.
- Decreto 4662 del 13 de septiembre de 2016, mediante el cual se nombra a Carmenza del Socorro Guzmán López en la Procuraduría 164 Judicial II Penal de Santa Marta.
- Decreto 4693 del 20 de septiembre de 2016, mediante el cual se nombra a Hennys Samuel Márquez González en la Procuraduría 11 Judicial II Penal de Medellín.
- Respuesta a Derecho de Petición, del 30 de septiembre de 2016, en el que se le anuncia al peticionario Germán Cure Celis, que los cargos están a disposición de las autoridades judiciales.
- Respuesta a Derecho de Petición, del 5 de octubre de 2016, al peticionario Sergio Reyes Blanco, que contiene relación de cargos no aceptados y solicitudes de prórroga para posesión.
- Respuesta a Derecho de Petición, del 10 de octubre de 2016, en que se suministra información al peticionario Javier Andrés Carrizosa.

Ante la ostensible falta de uniformidad en las respuestas suministradas por la accionada, y el desconocimiento cierto de información relacionada con no aceptaciones expresas y tácitas de nombramientos; no posesión de personas que aceptaron los nombramientos, y renunciaron de personas que aceptaron y se posesionaron, comedidamente solicitamos se practique inspección judicial a la Secretaría General, Oficina de Selección y Carrera, o quien haga sus veces, de la Procuraduría General de la Nación. Dicha inspección tiene como

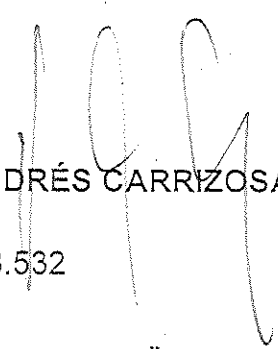
fin recolectar evidencia auténtica sobre esos aspectos relevantes para una cabal defensa de los derechos que están siendo vulnerados.

De no considerarse viable la práctica de la inspección judicial, solicitamos se oficie a la entidad para que remita copias de todos los actos administrativos, tales como nombramientos, revocatorias de los mismos, notas de aceptación de nombramientos, reseña de personas que guardaron silencio ante el nombramiento, renunciaciones, solicitudes de prórroga para posesión, decretos de nombramientos en provisionalidad con fundamento en fallos judiciales, todo en con posterioridad a la publicación de la lista de elegibles.

VIII. DIRECCIONES.

Recibiremos notificaciones en la Secretaría de la Corporación; Javier Andrés Carrizosa en la carrera 16 N° 135-32 casa 1, teléfono 3153256300 y en el correo electrónico carrizosa77@hotmail.com; José Fernando Osorio Cifuentes en la calle 127C N° 9-45 apartamento 404, teléfono 4680232, celular 3132835460 y el correo electrónico jose-osorio6025@hotmail.com; Oscar Iván Hernández en la calle 28 N° 13A-24 apartamento 1103, el teléfono 3187167890 y el correo electrónico oscarivanhs@yahoo.com.

De los Honorables Magistrados, atentamente,



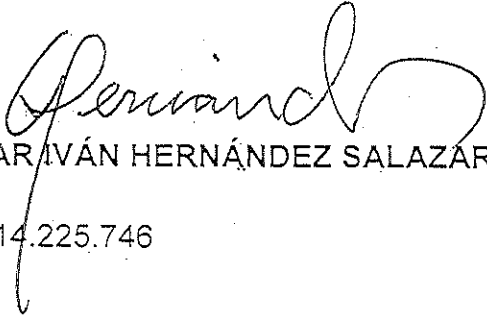
JAVIER ANDRÉS CARRIZOSA CAMACHO

C.C. 91.488.532



JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES

C.C. 14.235.622



OSCAR IVÁN HERNÁNDEZ SALAZAR

C.C. 14.225.746