

Pereira, 10 de julio de 2018.

Honorables Magistrados  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA**  
Ciudad.

Referencia: Acción de Tutela.  
Accionado: Procuraduría General de la Nación  
Accionante: Sergio Reyes Blanco

**SERGIO REYES BLANCO**, mayor y de este domicilio, identificado con la cédula de ciudadanía número 91.070.384 expedida en San Gil, por medio de este escrito presento solicitud de Amparo mediante acción de tutela de mis derechos constitucionales fundamentales al debido proceso administrativo, el acceso a los cargos públicos, el trabajo, la confianza legítima y al trabajo, contra la Procuraduría General de la Nación.

#### **I. Competencia y eventual acumulación.**

Dispone el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, tal como fue modificado por el artículo 1° del Decreto 1983 de 2017, que las acciones de tutela dirigidas contra el Procurador General de la Nación, serán repartidas para su conocimiento en primera instancia a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o a los Tribunales Administrativos.

De conformidad con la disposición citada, entonces, ese H. Tribunal Superior de Distrito Judicial, es competente para conocer la presente acción de tutela. La pretensión de esta acción hace referencia a mantener la vigencia de la lista de elegibles respecto de la Resolución 357 del 11 de julio de 2016 en relación con la convocatoria 004 del concurso de procuradores. También se presenta identidad fáctica en cuanto al incumplimiento por parte de la accionada, en punto al agotamiento de dichas listas de elegibles, respecto por el derecho de sus integrantes y prevalencia del mérito sobre derechos de funcionarios nombrados en provisionalidad que alegan condición de prepensionados y madres cabeza de familia.

#### **II. Hechos.**

1.- Conforme al Decreto Ley 262 de 2000, la Procuraduría General de la Nación cumple las funciones previstas en el artículo 277 de la Constitución Política, a través de las Procuradurías Judiciales, entre otras.

2.- De conformidad con el mismo cuerpo normativo, existen al interior de la Procuraduría General de la Nación 208 cargos de Procurador Judicial II Penal, que

originalmente fueron clasificados como empleos de libre nombramiento y remoción.<sup>1</sup>

3.- Mediante Sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión "*Procurador Judicial*" contenida en el numeral 2 del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, por considerar que vulneraba artículo 280 de la Constitución Política. En consecuencia, declaró dichos cargos como cargos de carrera administrativa, y ordenó a la Procuraduría General de la Nación adelantar un concurso público para la provisión, entre otros, de los cargos de Procurador Judicial II Penal.

4.- En cumplimiento de esa orden, el Procurador General de la Nación profirió la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, mediante la cual se convocó a concurso en el que se ofertaron 208 cargos de Procurador Judicial II Penal, convocatoria 04, de un total de 14 convocatorias.

5.- Resultado de la convocatoria 04, el 11 de julio de 2016 se profirió la Resolución 357, que contiene la lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial II Penal,<sup>2</sup> de la cual hago parte, inicialmente en el puesto 225, por haber superado las fases sucesivas del concurso.

6.- En septiembre de 2016 se produjeron los nombramientos de los primeros 208 integrantes de la lista de elegibles.

7.- De ese primer grupo de nombramientos, ocho (8) concursantes no aceptaron el cargo; tres (3) no se posesionaron; dos (2) renunciaron<sup>3</sup> después de posesionarse (03/10/2016); y uno (1) falleció (16/08/2017).

8.- Lo anterior implica que al poco tiempo de implementarse la fase final del concurso, mediante los nombramientos de los primeros 208 cargos, y en todo caso durante la vigencia de la lista de elegibles, se produjeron catorce (14) vacantes, que debían ser copadas con el nombramiento de los integrantes de la lista de elegibles, del puesto 209 al 222 inclusive.

9.- No obstante, la Procuraduría General de la Nación se abstuvo de agotar la lista de elegibles, hasta cuando se vio obligada por un fallo de ese mismo H. Tribunal, dentro del radicado 110012204000/2016-02864, que le ordenó realizar todos los nombramientos de la convocatoria 04 en el orden de mérito establecido en dicha lista.

10.- En cumplimiento del fallo acabado de mencionar, fueron nombrados quienes ocupaban los puestos 209 a 215 de la lista original de elegibles. En total, siete (7) nombramientos de las catorce (14) vacantes disponibles inicialmente.

11.- Posteriormente, y sólo ante la amenaza de un incidente de desacato en el marco de otra acción de tutela<sup>4</sup>, la Procuraduría profirió el acto administrativo de nombramiento de quien ocupaba el puesto 216. Por lo tanto, quedaron por lo

<sup>1</sup> Artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000.

<sup>2</sup> Inicialmente se cometió el error, corregido posteriormente, de insertar como dependencia la Procuraduría Delegada para la Restitución de Tierras. Corresponde en realidad a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales.

<sup>3</sup> a) Renuncia aceptada el 3 de octubre de 2016, según el Considerando 12 del Decreto 6331 del 7 de diciembre de 2017, mediante el cual se nombró al doctor Guillermo Sanabria como Procurador 140 Judicial II de Medellín. b) Oficio 003262 del 31 de mayo de 2017, en respuesta al Dr. Heráldo Efraín Burbano Castillo.

<sup>4</sup> Radicado 25000-23-42-000/2016-03425 del Tribunal Superior de Cundinamarca – Sección Segunda Subsección A.

menos seis (6) cargos vacantes, en los que deben ser nombrados integrantes de la lista de elegibles, a partir del puesto 217.

12.- La Procuraduría General de la Nación ha omitido sistemáticamente el deber de nombrar en los cargos vacantes a miembros de la lista de elegibles. Cuando ha sido requerida a través de derechos de petición, ha expuesto como justificación para esa omisión, dos argumentos: (I) Un auto del H. Consejo de Estado<sup>5</sup> que suspendió cautelarmente la evaluación del desempeño laboral de quienes se encontraban en periodo de prueba; (II) el cumplimiento de fallos de tutela que protegieron los derechos de antiguos funcionarios que alegaron situaciones especiales, como ser madres cabeza de familia o tener la condición de prepensionados. Desde luego, estos funcionarios no aprobaron el concurso, o no participaron en él; y (III) la permanencia en la lista de elegibles, de personas que no aceptaron el cargo durante el término legal para hacerlo.

13.- En cuanto al primer argumento, en respuesta a un derecho de petición formulado por la doctora Martha Cecilia Dalloz Suárez, dijo la Procuraduría el 5 de mayo de 2017:

*"(...) en la demanda de nulidad radicado 11001-0325-000-2015-00366-00 (0740-2015) el 15 de marzo del presente año en que se dispuso la suspensión del proceso de calificación del período de prueba de los procuradores judiciales I y II, **genera incertidumbre sobre la continuidad en el proceso de agotamiento de las listas** cuya vigencia es de dos (2) años, razón por la cual **las actuaciones a seguir estarán sujetas al cumplimiento de las disposiciones legales y las determinaciones que sobre el particular profiera ese Alto Tribunal**".<sup>6</sup> (Destacados agregados).*

14.- Este argumento, que manifiesta claramente la vocación de abstenerse de agotar la lista de elegibles, como en efecto ocurrió, resulta arbitrario, pues, de un lado, la suspensión no recayó sobre el agotamiento de la lista, ni suspendió el concurso, sino sobre la evaluación del desempeño laboral de quienes estaban en periodo de prueba; y de otro, está superado desde el 15 de febrero de 2018, fecha en que se produjo la revocatoria de la medida cautelar comentada, al resolverse el recurso de súplica, por la autoridad competente.<sup>7</sup>

15.- En cuanto al segundo argumento, la Procuraduría ha respondido a derechos de petición reconociendo que, aunque existen cargos de carrera ocupados por funcionarios nombrados en provisionalidad, ello se debe al acatamiento de fallos que amparan la estabilidad laboral reforzada.<sup>8</sup>

16.- En cuanto al tercer argumento, es evidente que la Procuraduría está interpretando erróneamente el mandato del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, dándole un alcance que no tiene para, por esa vía, soslayar los derechos de los integrantes de la lista de elegibles. Este tema se desarrollará en capítulo separado, dada su particular trascendencia en la vulneración de los derechos que aquí se pide proteger.

17.- Teniendo legítimo derecho, por haber superado las diferentes etapas del concurso de méritos y estar ocupando actualmente el cuarto lugar del orden de elegibilidad, y existiendo por lo menos seis vacantes en los cargos de ofertados,

<sup>5</sup> Auto del 15 de marzo de 2017 dentro del Radicado 110010325000/2015-00366.

<sup>6</sup> Oficio 002483 del 5 de mayo de 2017, en respuesta a Derecho de Petición de la doctora Martha Cecilia Dalloz Suárez, suscrito por María Isabel Posada Corpas en condición de Secretaria General.

<sup>7</sup> Auto del 15 de febrero de 2018, proferido por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. MP Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>8</sup> Anexo respuestas en ese sentido.

que están siendo irregularmente ocupados por funcionarios nombrados en provisionalidad, no he sido nombrado.

18.- La lista de elegibles tiene una vigencia de dos años contados desde su publicación, que se vencen el próximo 11 de julio, y su vigencia fue suspendida de facto por la entidad accionada, lo que pone en riesgo inminente la efectividad de los derechos fundamentales.

### **III. Procedencia de la Acción de Tutela en el marco de concursos de mérito.**

Desde los albores del surgimiento del derecho de los miembros de la lista de elegibles establecida en la Resolución 357 del 11 de julio de 2016, a ser nombrados en estricto orden de mérito, la Procuraduría General de la Nación prometió, a través de respuestas a derechos de petición, que cumpliría con el deber de respetar ese mandato constitucional. Así, en orden cronológico y para sólo citar algunos ejemplos, aseguró:

*“La Procuraduría General de la Nación, terminada la etapa de nombramientos de los concursantes que ocuparon los primeros lugares en las listas de elegibles (...) le corresponde llevar a cabo la consolidación general de la información, en cuyos aspectos se debe establecer los empleos que quedaron provistos en periodo de prueba, el nuevo orden de elegibilidad de cada lista de elegibles, pues los concursantes nombrados se deben excluir de estas (...), incluso será necesario precisar cuáles de las personas designadas superan o no el periodo de prueba”.*<sup>9</sup>

Como puede verse, la información suministrada por la Procuraduría General de la Nación, creó en los interesados, desde el principio, la confianza legítima en que la institución iba a respetar el mandato del artículo 125 de La Carta. Más adelante, el 1 de marzo de 2017, dijo:

*“(...) es pertinente recordar que los cargos son provistos haciendo uso de la lista de elegibles, durante los dos años de su vigencia y en estricto orden descendente.”*<sup>10</sup>

El 5 de mayo de 2017 se le respondió a la doctora Martha Cecilia Dalloz, mediante oficio 002483, que *“Respecto de la publicación de nueva lista de elegibles debemos informar que el decreto 262 de 2000 en su artículo 216 ordena que una vez culminadas las etapas de evaluación de antecedentes y de las pruebas previstas en cada una de las convocatorias, procede la elaboración de las listas de elegibles y su agotamiento en estricto orden descendente”.*

El 12 de febrero de este año, mediante oficio 000987, se le dijo al doctor Francisco Arturo Pabón Gómez que: *“Así las cosas y estando vigente la lista de elegibles, la Procuraduría continuará acatando estrictamente las disposiciones que regulan su agotamiento de la lista de elegibles así como las órdenes judiciales y, en la medida en que se presenten vacantes, procederá con la asignación de los cargos en estricto orden de mérito.*

No hay duda entonces de que desde octubre de 2016 y hasta lo que va corrido de 2018, la Procuraduría ha reiterado su disposición a dar cumplimiento al mandato del artículo 125 de La Carta, desarrollado ampliamente por la jurisprudencia constitucional y previsto en el decreto ley 262 de 2000. Solo que, a la fecha,

<sup>9</sup> Oficio 005567 del 6 de octubre de 2016, respuesta a derecho de petición del doctor Sergio Reyes Blanco.

<sup>10</sup> Oficio 001749 del 1 de marzo de 2017, en respuesta a derecho de petición del doctor Carlos Arturo Castro López. Página 18.

5

cuando se aproxima de manera inminente la fecha de vencimiento de la lista de elegibles, 10 de julio de 2018, ese propósito manifiesto no se materializa en hechos concretos como el nombramiento de sus integrantes, en los, por lo menos nueve cargos de carrera de la convocatoria 04, ocupados en la actualidad por servidores nombrados en provisionalidad. Es relevante advertir que la Procuraduría, por su propia iniciativa, no ha proferido ni un solo nombramiento en las catorce (14) vacantes que quedaron disponibles por la no aceptación, no posesión, renuncia o muerte del posesionado. Los ocho (8) nombramientos posteriores al grupo inicial, han sido forzados por decisiones de tutela. No obstante que eso es lo que evidencian los hechos, con las manifestaciones que hizo creó la falsa convicción de que cumpliría el mandato constitucional, siendo esta una de las razones principales para que esta acción no se hubiera incoado antes.

La suma de estos factores: La promesa incumplida de acatar el ordenamiento jurídico en materia de prevalencia del mérito; la ocupación de por lo menos nueve cargos de carrera con funcionarios en provisionalidad; mi ubicación en el noveno lugar del orden de elegibilidad; y la inminente pérdida de vigencia de la lista el próximo 11 de julio, tornan en urgente la protección de mis derechos a través del único mecanismo eficaz a disposición, ante la falta de idoneidad de las vías ordinarias previstas para el efecto.

Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para proteger los derechos vulnerados o amenazados de vulneración, por acción u omisión de las autoridades públicas en el marco de los concursos de méritos, ha dicho la jurisprudencia<sup>11</sup>:

*"(...) En idéntico sentido se pronunció la Corte Constitucional mediante la sentencia de unificación SU-613 del 6 de agosto de 2002:*

*"... 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. (...)*

*Igualmente en la Sentencia SU-913 de 2009, se determinó que:*

*'En materia de concursos de mérito para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado 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'.*

*Como Conclusión se destaca entonces que en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo. Por esta razón la tutela puede desplazar a las acciones contenciosas como medio de preservación de los derechos en juego."*

---

<sup>11</sup> Sentencia T-604 de 2013. Corte Constitucional.

7

*circunstancias que rodean cada caso para inferir que se configura temeridad, razón por la cual se debe entender esta figura como una alternativa procesal con la que cuenta el juez constitucional de manera muy excepcional, pues ante todo debe asegurar la garantía efectiva de los derechos fundamentales. Es decir, que la sola concurrencia de identidad de los sujetos procesales, el objeto que da lugar a la controversia y la pretensión, no es suficiente para concluir que se trata de una actuación judicial amañada o contraria al principio constitucional de buena fe<sup>14</sup>.”* (Destacados fuera de texto original).

No se configura temeridad puesto que no he presentado acción de tutela por esta causa.

## **V. Marco Jurídico.**

Establece el artículo 40 de la Constitución Política que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y que para hacer efectivo este derecho puede acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. El artículo 125 establece la carrera administrativa como regla de los empleos en los órganos y entidades del Estado; y agrega que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Por su parte, a partir del artículo 183 del decreto ley 262, se regula el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación.

Ese complejo normativo, ha sido desarrollado de manera detallada, pacífica y reiterada, por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y las Altas Cortes. Invariablemente, la línea jurisprudencial sobre el acceso a los cargos públicos por la vía del mérito, interpretando el ordenamiento jurídico y en particular los artículos 40 y 125 de la Carta, ha reconocido y garantizado la prevalencia de los derechos adquiridos por concurso, sobre todo tipo de derechos.

La ruta jurisprudencial, que parte de esa invariable premisa, se ha detenido a regular situaciones excepcionales. Así, ha confrontado los derechos que se adquieren por la vía del mérito, con los derechos de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad pura y simple; y con los derechos de quienes, estando en provisionalidad, ostentan situaciones especiales como la condición de prepensionado, vulnerabilidad particular, y madre o padre cabeza de familia. En todos los casos, no obstante, según esa línea jurisprudencial, si bien se admiten condiciones particulares para el retiro de funcionarios en estas situaciones especiales, se reconoce e impone, invariablemente, la prevalencia de los derechos adquiridos por la vía del mérito.

Sobre la naturaleza del mérito como regla general para el acceso a los cargos públicos y la carrera administrativa, de vieja data tiene dicho la Corte Constitucional:

*“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,<sup>15</sup> 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*

<sup>14</sup> T-001 del 13 de enero de 2016. Corte Constitucional.

<sup>15</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz.

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”<sup>16</sup>.

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 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”<sup>17</sup>. (Altas nuestras).

No hay duda alguna, entonces, de que el desconocimiento de los derechos adquiridos por la vía del mérito, constituye un quebranto a la totalidad del ordenamiento jurídico. Ahora bien. Sobre la obligatoriedad del agotamiento de las listas de elegibles, producto axial del concurso de méritos, también se ha pronunciado la Corte Constitucional, en línea jurisprudencial que no da lugar a equívocos. Por todas, esta sentencia:

“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.

(...) Este acto tiene una vocación transitoria toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo. Esta vocación temporal tiene dos objetivos fundamentales. El primero, hace referencia a la obligatoriedad del registro de elegibles, porque **durante su vigencia la administración debe hacer uso de él para llenar las vacantes que originaron el llamamiento a concurso**. El segundo, que mientras esté vigente ese acto, la entidad correspondiente no podrá realizar concurso para proveer las plazas a las que él se refiere, hasta tanto no se agoten las vacantes que fueron ofertadas, de forma que se satisfagan no solo los derechos subjetivos de quienes hacen parte de este acto administrativo sino principios esenciales de la organización estatal como el mérito para ocupar cargos públicos y los específicos del artículo 209 constitucional.

<sup>16</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

<sup>17</sup> 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.

9

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. (...)

“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.”

En consecuencia, la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y los principios que rigen la función pública, artículo 209 de la Constitución, específicamente los de igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, en donde la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una vigencia en el tiempo que, por regla general, es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad y en relación con los cargos específicamente convocados y no otros, se puedan proveer de forma inmediata sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad.

La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombradas en el cargo para el que concursó, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñando por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad. En ese sentido, la consolidación de este derecho “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”<sup>18</sup>. (Altas y subrayas, parcialmente ajenas al texto).

De conformidad con las reglas fijadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional entonces, no solo el acceso al ejercicio de la función pública a través del mérito es un eje esencial del ordenamiento jurídico, sino que el agotamiento de las listas de elegibles en estricto orden de mérito es obligatorio para la administración, y su desconocimiento desquicia la Constitución y vulnera la totalidad del ordenamiento jurídico.

En cuanto a las eventuales tensiones que se presentan entre funcionarios que ocupan cargos de carrera en condición de provisionalidad pura y simple, y los derechos de los integrantes de listas de elegibles, la misma sentencia última citada, ratificando criterios anteriores que no han variado posteriormente, dijo de manera inequívoca:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo

<sup>18</sup> Sentencia SU-446 de 2011.

esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

En la sentencia C-588 de 2009, se manifestó sobre este punto, así: ‘... la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados’.

Ninguna discrepancia puede suscitar entonces la indudable prevalencia del derecho de los miembros de las listas de elegibles, frente a los funcionarios que ocupan cargos de carrera en condición de provisionalidad.

No obstante, existe una categoría especial de esta última clase de funcionarios, es decir, provisionales que ocupan un cargo de carrera, que merecen, por regla general, un trato preferencial como medida de acción afirmativa: madres y padres cabeza de familia, personas en situaciones de discapacidad, y prepensionados. De antemano hay que advertir que aunque son sujetos de acciones afirmativas, en ningún caso se les ha reconocido a estas tres categorías de servidores, el derecho a permanecer indefinidamente en un cargo de carrera, haciendo prevalecer sus derechos sobre los derechos derivados del mérito. Sobre ese tópico, dijo la sentencia en cita:

*“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.*

*(...) 10.3. Lo expuesto, le permite a la Sala concluir que **debe negar la protección que solicitaron los accionantes que ocupaban empleos en provisionalidad y que alegaron la vulneración de sus derechos a la igualdad y al debido proceso**, entre otros, por la inexistencia de criterios para definir a quiénes se les terminaría su vinculación para ser reemplazados por personal de carrera, en los términos del concurso.*

*En el caso de los provisionales que son sujetos de especial de protección, si bien la Corte no concederá la tutela porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, **en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando**, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010. (El destacado “De ser posible”, es propio de la Corte. Los demás son nuestros).*

De lo transcrito saltan a la vista dos conclusiones claras: 1) La permanencia en el cargo de carrera, de un funcionario nombrado en provisionalidad que demuestre cualquiera de las situaciones especiales, está condicionada a que ello sea

**posible**, porque existe vacante. 2) La única medida afirmativa que puede tomarse frente a madres cabeza de familia, prepensionados y personas discapacitadas, frente a los derechos de los integrantes de la lista de elegibles, consiste en garantizarles ser los últimos en ser desvinculados, pues *“las situaciones descritas no otorgan un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos”*.

## **VI. La situación concreta actual.**

Debe advertirse que la información que se suministra a continuación no pretende ser exacta. Ello, de un lado, en virtud de la sistemática negativa de la Procuraduría General de la Nación a responder los derechos de petición que se le han cursado; y de otro, en virtud de la información equívoca que se le ha suministrado a otros peticionarios, que es la que ha servido de fuente a esta acción.

### **VI.1.- Cargos actualmente ocupados en provisionalidad en la Convocatoria 04.**

Antes de suministrar la información sobre los cargos ocupados actualmente en provisionalidad por funcionarios que no hacen parte de la lista de elegibles, resulta oportuno destacar mi ubicación, particularmente en punto de legitimación de mis pretensiones.

Como anotábamos arriba,<sup>19</sup> en la actualidad existen por lo menos seis (6) cargos de Procurador Judicial II Penal, ocupados en provisionalidad por servidores que no hacen parte de la lista de elegibles de la Convocatoria 04, porque no participaron en el concurso, o porque habiendo participado, no lo superaron.

Se han proferido nombramientos hasta el puesto original 216, y me anteceden en la lista de elegibles los correspondientes a los puestos 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223 y 224. Es decir, que ocupo el 9° puesto de elegibilidad, frente a por lo menos nueve (9) cargos a proveer por la lista de elegibles, lo que legitima mi aspiración.

Ahora bien. Si nos atenemos a la última información conocida, suministrada por la Procuraduría General de la Nación, que data del 30 de enero del presente año,<sup>20</sup> existen seis (6) cargos ocupados en provisionalidad, en las condiciones anotadas. Ellos son: 1) Procuraduría 42 Judicial II Penal de Valledupar, ocupada por el doctor Hennys Samuel Márquez González; 2) Procuraduría 55 Judicial II Penal de Bogotá, ocupada por la doctora Alicia Barco Cárdenas. 3) Procuraduría 135 Judicial II Penal de Bogotá o Montería, ocupada por la doctora Julieta Margarita Franco Daza. 4) Procuraduría 26 Judicial II Penal de Bogotá, ocupada por el doctor Elías Hoyos Salazar. 5) Procuraduría 33 Judicial II Penal de Bogotá, ocupada por la doctora Magda Patricia Romero Otálvaro. 6) Procuraduría 80 Judicial II Penal de Cartago, sin información sobre la persona que la ocupa. Entre otros de los cuales no se reporta información.

En el listado suministrado en la respuesta al derecho de petición que se cita como fuente, aparecen también las Procuradurías 100 Judicial II Penal de Bogotá; 128 Judicial II Penal de Medellín; y 140 Judicial II Penal de Medellín. No obstante, acerca de ellas caben las siguientes precisiones. La Procuraduría 100 tiene como titular inscrito en carrera a una persona que se encuentra en comisión especial,

<sup>19</sup> Hechos 7 a 11 de este escrito.

<sup>20</sup> Oficio 000732 contentivo de respuesta a derecho de petición de Martha Cecilia Dalloz Suárez.

por lo que no está vacante; pero que por supuesto es apta para cumplir fallos de prepensionados sin afectar la lista de elegibles. En la Procuraduría 140 de Medellín, fue nombrado el doctor Guillermo Sanabria Cruz, quien ocupaba el puesto 216 de la lista de elegibles. Y a la procuraduría 128 de Medellín, cuya titular gozaba de estabilidad por licencia de maternidad, fue trasladada la doctora Sandra Inés Dávila, quien había sido nombrada de la lista de elegibles en la Procuraduría 80 Judicial II Penal de Cartago. Ignoramos si en este último cargo ha sido nombrado algún funcionario en provisionalidad.

A cinco de esos funcionarios nombrados en provisionalidad, diferentes autoridades judiciales les reconocieron la condición de prepensionados. A la sexta, la doctora Magda Patricia Romero Otálvaro, el Consejo Superior de la Judicatura le reconoció la condición de madre cabeza de familia. Según las reglas trazadas por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y las Altas Cortes, los derechos de estas personas ceden ante los derechos de quienes integramos la lista de elegibles, entre los puestos 217 y 225 de la lista original.

De esta manera, para una cabal comprensión de la problemática expuesta, a fin de establecer la real vulneración o amenaza de vulneración de mis derechos constitucionales fundamentales, se impone un examen detallado, uno a uno, de la situación de los funcionarios que ocupan en provisionalidad los cargos de carrera.

### 1.- La Procuraduría 42 Judicial II Penal de Valledupar.

La Procuraduría 42 Judicial II Penal de Valledupar, viene siendo ocupada por el doctor Hennys Samuel Márquez González, cuya condición de prepensionado fue reconocida y amparada por decisión de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fechada el 19 de octubre de 2017.

De la *ratio decidendi* de ese fallo judicial, se destacan varias particularidades: Se advirtió que **“la Sala reitera que esta decisión no debe afectar a las personas que legítimamente superaron todas las etapas del proceso de selección”**.

Se tuteló el derecho, modificando el numeral segundo de la parte resolutive de la decisión de primera instancia, en el sentido de que la protección **no se extendía hasta el momento en que el accionante fuera incluido en nómina como pensionado, sino únicamente hasta el momento en que cumpliera los requisitos de ley, para lo cual sólo le faltaba acreditar la edad, requisito que se cumplió el 8 de octubre de 2017**. Esos precisos alcances del fallo, son textualmente los siguientes:

*“Por las razones expuestas, se modificará el ordinal segundo fallo impugnado para señalar que la reubicación que ordenó el juez de tutela de primera instancia, **solo procederá hasta que el actor cumpla con los requisitos de ley para tener derecho a reclamar la pensión de jubilación.** (...) La estabilidad laboral reforzada que surge de la condición de prepensionado en cargos ocupados en provisionalidad, **se extiende hasta que el servidor cumpla los requisitos de ley, es decir, hasta que obtenga el estatus de pensionado y no hasta que sea incluido en nómina**”.*<sup>21</sup>

Entonces, el amparo que se le concedió al señor Procurador 42 Judicial Penal de Valledupar, ya no se encuentra vigente. Como se advierte claramente de la transcripción del fallo que lo protegió, inmediatamente antes citado, ese amparo solo tenía vigencia hasta el momento en que cumpliera el requisito de la edad.

<sup>21</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Decisión del 19 de octubre de 2017. Radicado 44001-23-33-000-2016-00157-01.

Este hecho objetivo tuvo lugar el 8 de octubre de 2017, es decir, once (11) días antes de que se profiriera el fallo a su favor. Por tanto, su permanencia en el cargo con desconocimiento incluso del propio fallo que lo amparó, y en detrimento de los derechos de los integrantes de la lista de elegibles, es un hecho al margen del ordenamiento jurídico, que viola los derechos de los integrantes de la lista de elegibles.

De manera que no corresponde a la verdad la afirmación de funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, cuando en Oficio 00987 del 12 de febrero de este año, le responden al aspirante Francisco Arturo Pabón Gómez que "(...) *el fallo que amparó los derechos de estabilidad reforzada del doctor Hennys Samuel Márquez González, proferido por el Tribunal Administrativo de la Guajira, es claro en ordenar el reintegro del funcionario hasta tanto sea incluido en nómina de pensionados, de manera que la Procuraduría no puede en vía de interpretación desconocer ese mandato judicial*"<sup>22</sup>.

Esta última afirmación no es cierta, porque como ya se demostró, ese fallo fue modificado por el H. Consejo de Estado, modificación que no deja lugar a dudas, en el sentido de que la protección solo duraba hasta el cumplimiento del requisito de la edad, hecho que ya ocurrió, y no hasta la inclusión en nómina. De modo que la tutela que favoreció al doctor Márquez González, no puede seguir siendo excusa para mantenerlo en el cargo, a costa de los derechos de los integrantes de la lista de elegibles.

## 2.- La Procuraduría 55 Judicial II Penal de Bogotá.

La Procuraduría 55 Judicial II Penal de Bogotá, viene siendo ocupada por la doctora Alicia Barco Cárdenas, cuya condición de prepensionada fue reconocida y amparada por decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, del 21 de septiembre de 2016, **modificada** por la Sección Segunda, sub Sección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fechada el 4 de mayo de 2017. La aplicación que se ha dado a estos fallos por parte de la Procuraduría, por su ostensible irregularidad, merece particular examen.

Según se relata en la decisión de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo ordenó en primera instancia el reintegro de la accionante "a un cargo para el que reúna los requisitos de ley, que tenga la misma remuneración del que venía desempeñando hasta tanto no se resuelva su derecho pensional en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado bajo el No. 2014-0097, que se surte en ese Tribunal, o se le incluya en nómina de pensionados, lo que ocurra primero."<sup>23</sup> Hasta ahí, es claro que la vigencia del amparo quedó dependiendo del resultado de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la doctora Barco.

Pero esa condición de vigencia del amparo **fue revocada por la decisión de segunda instancia**. En sede de apelación de la acción de tutela, el Consejo de Estado verificó la existencia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, estableciendo que las pretensiones de la doctora Barco habían sido negadas en primera y segunda instancias. Por eso se lee en la página 19 del fallo:

*"El conocimiento del proceso le correspondió al Juzgado 53 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, donde cuestionó la legalidad de las Resoluciones Nos.*

<sup>22</sup> Oficio 00987 del 12 de febrero de 2018, respuesta a derecho de petición del doctor Francisco Arturo Pabón Gómez.

<sup>23</sup> Página 6 del fallo de segunda instancia, primer párrafo.

14

33631 de 28 de diciembre de 2011 y VPB 76454 del 9 de diciembre de 2013. Sin embargo, consultado el sistema de consulta de procesos de la página web de la Rama Judicial, se advierte que ya se profirió decisión en primera y segunda instancia dentro del proceso indicado. Esta última, de 7 de marzo de 2017, notificada el 22 de marzo de 2017. **Allí se confirmó la sentencia del Juzgado, adversa a las pretensiones de la accionante.** (Negrillas y subrayas propias del texto original. Subrayas nuestras).

De ahí que en la *ratio decidendi* del fallo de segunda instancia, el Consejo de Estado, en concordancia con lo detectado, ordenara:

*"(...) por lo que es procedente conceder el amparo, como concluyó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, **pero no en los términos que se señalaron en la sentencia de 21 de septiembre de 2016, pues no puede ordenarse su reintegro al cargo de Procurador Judicial para no desconocer los derechos de los integrantes de la lista de elegibles.***

Sin embargo, como se aclaró párrafos atrás, la señora BARCO CÁRDENAS solicitó un reconocimiento pensional conforme al Decreto 546 de 1971, **al que ya se refirió la jurisdicción negando el derecho**, por lo que no entrará esta sala a discutir esa decisión ni analizar si en efecto la accionante recuperó el derecho al régimen de transición.

**Por esto, una vez acreditadas las 89 semanas restantes, la accionante debe solicitar el reconocimiento pensional conforme al régimen general de pensiones.**"<sup>24</sup>

Por eso sorprende que en respuesta a derecho de petición formulado por el doctor Horacio Muñoz Villegas<sup>25</sup>, todavía el 30 de noviembre de 2017, más de seis (6) después de proferido el fallo de segunda instancia por el Consejo de Estado, la Procuraduría afirme que:

*"(...) en lo atinente al caso de la señora ALICIA BARCO CÁRDENAS, se indica que el fallo de tutela condicionó la solicitud de pensión a un fallo judicial que actualmente se encuentra en curso y del cual estamos a la espera de una decisión".*

Tal afirmación, como salta a la vista, es absurda. La solicitud de pensión de la doctora Barco no quedó condicionada a un fallo judicial, pues ese condicionamiento fue revocado en segunda instancia por el Consejo de Estado. Lo que quedó meridianamente claro, es que a la accionante se le protegió el derecho, mientras completaba las 89 semanas de cotización faltantes al 30 de junio de 2013, para completar las 1300 semanas **"conforme al régimen general de pensiones."** Aquí, como en el caso del numeral anterior, es ostensible la disparidad entre la realidad y lo afirmado por la Procuraduría. Da la impresión, por los dos casos, que los funcionarios de la entidad no se percatan de las decisiones de segunda instancia, y, por eso, aplican erróneamente las decisiones y suministran información distorsionada, que no corresponde a la verdad.

En este punto, retomando la respuesta a derecho de petición últimamente citada, la misma Procuraduría reconoce que la doctora Barco, a esa fecha, 30 de noviembre de 2017, acreditaba 59 años de edad y 1411 semanas de cotización, 111 semanas más de las exigidas para pensionarse conforme al régimen general. Como nació el 25 de marzo de 1958, a esta fecha cuenta con 60 años de edad, y

<sup>24</sup> Página 20 *ibíd.*

<sup>25</sup> Oficio 008399 del 30 de noviembre de 2017.

aproximadamente 1431 semanas cotizadas. Lo que implica que tiene más que satisfechos los requisitos que la ley exige para tener derecho a la pensión.

Como para los efectos de esta acción es relevante establecer la vigencia del fallo de tutela que protegió los derechos de la doctora Barco, es necesario establecer en qué fecha cumplió los requisitos de edad (57 años), y número de semanas cotizadas (1300). Conforme a la información disponible plasmada arriba, si al 30 de junio de 2013 le faltaban 89 semanas de cotización, estas debieron completarse alrededor del 31 de marzo de 2015. Para ese mismo año, desde el 25 de marzo, cumplió el requisito de la edad.

Lo anterior indica que para la fecha en que la doctora Barco presentó la acción de tutela, ya tenía satisfechos los requisitos para el derecho a la pensión. Solo que estaba pendiente de la decisión de segunda instancia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que cursaba ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Ese litigio se resolvió en su contra mediante decisión del 7 de marzo de 2017, es decir, antes de que el Consejo de Estado se pronunciara en segunda instancia sobre la acción de tutela contra la Procuraduría, el 4 de mayo del mismo año. El Consejo de Estado detectó oportunamente que la accionante, para la fecha del fallo de segunda instancia, ya podía haber consolidado los requisitos para el derecho a la pensión. Por eso, le advirtió en la parte considerativa y la resolutive que forman la *ratio decidendi*, que:

**"Si la accionante ya acreditó las 89 semanas faltantes, deberá solicitar de manera inmediata el reconocimiento pensional. Para esto se le otorga un término de quince días (15 días) contados a partir de la notificación de esta providencia, so pena de que cese el amparo que se concede a través de esta acción."**<sup>26</sup>

A esas alturas, 4 de mayo de 2017, la accionante Barco ya sabía que sus pretensiones en el proceso de nulidad habían fracasado. Aunque interpuso un recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, el 29 de marzo de 2017, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra Colpensiones, desde el 4 de mayo se enteró de que ese proceso había dejado de tener cualquier incidencia en la vigencia del amparo, por orden del Consejo de Estado al desatar el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría contra la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el marco de la acción de tutela.

Además, por el mismo fallo del 4 de mayo, se enteró de que a partir de la notificación del mismo, contaba con quince días para solicitar de manera inmediata el reconocimiento pensional, so pena de que cesara el amparo. No me es posible afirmar con conocimiento en grado de certeza si la doctora Barco cumplió oportunamente con esa imperativa carga. Ello se debe al silencio de la institución ante requerimiento concreto que le formulé en derecho de petición. Pero a juzgar por el lapso transcurrido entre esa orden y la fecha, todo parece indicar que dicho mandato ha sido soslayado, con la consecuencia inevitable de la pérdida de vigencia del amparo, prevista en la misma decisión. Con lo cual, la permanencia de la doctora Barco en la Procuraduría 55 Judicial II Penal de Bogotá, carece del respaldo judicial que se aduce, para no nombrar en ese despacho a miembros de la lista de elegibles.

Pero las irregularidades del caso concreto no se limitan a lo ya anotado. La decisión de tutela de segunda instancia ordenó reintegrar a la accionante a un cargo en los niveles Asesor, Directivo o Profesional, "Que se encuentre vacante". **Se ordenó NO reintegrarla en un cargo de Procurador Judicial II, "pues no puede ordenarse su reintegro al cargo de Procurador Judicial para no**

<sup>26</sup> Página 21 de las consideraciones y Párrafo 2° del ordinal 2° de la parte resolutive del fallo.

**desconocer los derechos de los integrantes de la lista de elegibles**". En la convocatoria 04, ya se dijo, no hay vacantes, pues la lista de elegibles es superior al número de cargos ofertados. Esta orden está siendo flagrantemente desatendida por la Procuraduría.

También se ordenó expresamente que, en caso de haberse reintegrado para la fecha del fallo al cargo de Procurador Judicial II, en la Procuraduría Delegada en Asuntos Penales, **dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la providencia debería ser trasladada a uno de los cargos indicados en la misma providencia, es decir, en los niveles Asesor, Directivo o Profesional.** Sin embargo, en lo que constituye un pleno desconocimiento del fallo, sigue ocupando un cargo de la lista de elegibles de la convocatoria 04.

La *ratio decidendi* fue clara y contundente, también cuando consignó: "Se concluye entonces, que la orden de amparo no debe afectar los derechos de los integrantes de la lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial II, Código y grado 3Pj-EC, dependencia Procuraduría Delegada en Asuntos Penales, pues los concursantes no pueden sufrir las consecuencias de las omisiones de la entidad nominadora".

La Procuraduría entonces, no solo desató la orden de no reintegrarla al cargo de Procurador Judicial II Penal; también desató la orden de que si a la fecha del fallo la hubiese reintegrado a un cargo de Procurador Judicial II Penal, dentro de las 48 horas siguientes tenía que reubicarla en un cargo diferente; tampoco ha acatado la orden expresa de no afectar los derechos de los integrantes de la lista de elegibles; pero además, está claro que la Procuraduría no ha aplicado la decisión de segunda instancia, que es la verdaderamente vinculante. Con todo ello, ha violado las disposiciones constitucionales que regulan el mérito, y, en consecuencia, mis derechos fundamentales.

### **3.- La Procuraduría 26 Judicial II Penal de Bogotá.**

La Procuraduría 26 Judicial II Penal de Bogotá, viene siendo ocupada por el doctor Elías Hoyos Salazar, cuya condición de prepensionado fue reconocida y amparada por la Sección Segunda, sub Sección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fechada el 3 de noviembre de 2016, cuando en sede de apelación **modificó** la de primera instancia que había proferido el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Decisión Oral, el 9 de septiembre de 2016. Estudiada la decisión se observa:

a) Se ordenó reintegrar al accionante a un cargo de nivel Procurador Judicial II, **"que se encuentre vacante"**, o en los niveles Asesor, Directivo o Profesional. Bien sabido es que en la convocatoria 04, dado que la lista de elegibles está integrada por 366 personas, y los cargos ofertados son 208, no hay vacantes. No obstante, el doctor Hoyos Salazar, en la actualidad ocupa uno de los cargos ofertados. Aquí, como en los demás fallos de tutela que se invocan como fundamento para abstenerse de nombrar en los cargos ofertados a miembros de la lista de elegibles, la decisión del Consejo de Estado advirtió que la protección se mantendría vigente, *"siempre y cuando el señor HOYOS SALAZAR cumpla los requisitos para el reconocimiento de la pensión antes de que se termine la vigencia de la lista de elegibles para el cargo al que se reintegre. **Lo anterior con el fin de proteger tanto los derechos del accionante como de las personas que aprobaron el concurso y conforman la lista de elegibles.**"*<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Página 16 del fallo e inciso 3 del ordinal segundo de la parte resolutive.

A

b) El amparo solo fue concedido hasta cuando Colpensiones reconociera la pensión al accionante, y fue condicionado a que el doctor Hoyos Salazar solicitara el reconocimiento de su pensión el día hábil siguiente al cumplimiento de los requisitos, para lo cual, a la fecha del fallo, 3 de noviembre de 2016, únicamente le faltaba acreditar 23 semanas de cotización. No se tiene certeza acerca de en qué fecha fue reintegrado el doctor Hoyos Salazar. Si suponemos que el fallo que ordenó su reintegro se cumplió dentro del término allí establecido, ese reintegro debió producirse a más tardar el 24 de noviembre de 2016. Por lo tanto, las 23 semanas de cotización debieron completarse hacia el 30 de junio de 2017. Y la obligación de solicitar el reconocimiento de la pensión el día hábil siguiente al cumplimiento de las 23 semanas, como condición para mantener vigente la protección, debió tener lugar inmediatamente.

Sin embargo, parece que esa condición no fue cumplida por el doctor Hoyos. Porque si nos atenemos a la respuesta al derecho de petición del doctor Horacio Muñoz Villegas, contenida en el oficio 008399 del 30 de noviembre de 2017 ya citado, esa solicitud se realizó el 4 de octubre de 2017, es decir, alrededor de más de tres meses después del día hábil siguiente al cumplimiento de las 23 semanas que le faltaban para acreditar los requisitos de la pensión. Desde luego, la cabal aplicación del fallo que lo favoreció, implica el cumplimiento de las cargas en él impuestas. La consecuencia de sustraerse a ese cumplimiento, como lo advierte la decisión, es la pérdida de vigencia de la protección. Así las cosas, la Procuraduría no puede seguir negándose a nombrar en ese cargo a un miembro de la lista de elegibles, con el argumento de estar cumpliendo un fallo de tutela que perdió su vigencia.

#### 4.- La Procuraduría 135 Judicial II Penal de Bogotá.

La Procuraduría 135 Judicial II Penal de Bogotá es ocupada actualmente por la doctora Julieta Margarita Franco Daza, cuya condición de prepensionada fue reconocida y amparada por decisión de la Sección Segunda, sub Sección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fechada el 17 de abril de 2017. Esta decisión revocó la de primera instancia, proferida por la Subsección B, Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 5 de septiembre de 2016. De la *ratio decidendi* de ese fallo judicial, se destacan varias particularidades:

a) Según el fallo, *"Para el mes de abril de 2015, la accionante tenía cotizadas 1187 semanas, faltándole para cumplir con el requisito de 1300, 113 semanas, es decir, 2.17 años"*.

b) En la decisión judicial que la favoreció se observó que: *"Por tanto, cierto es que para el cargo de Procurador Judicial II, código 3PJ-EC, en la dependencia Procuraduría Delegada para Ministerio Público en Asuntos Penales, fueron ofertados 208 empleos y la lista de elegibles fue integrada con 366 personas, y que en tal sentido, no existe vacancia para que la actora sea reintegrada a alguno de estos cargos"*.

c) Se ordenó reintegrarla a un cargo de los niveles Procurador Judicial II, que se encuentre vacante o en la primera vacancia que ocurra. O Asesor, o Profesional de la planta administrativa de la entidad.

d) Se ordenó que la Procuraduría General de la Nación acompañara a la accionante en la gestión de su pensión.

e) La vigencia de la protección se condicionó a que la accionante cumpliera los requisitos para el reconocimiento de la pensión "antes de que se termine la vigencia de la lista de la lista de elegibles para el cargo en que se reintegre",

16

y a que solicitara el reconocimiento pensional al día hábil siguiente al cumplimiento de las 1300 semanas exigidas por la ley para su pensión. Y se advirtió que, de no cumplirse esta carga, la orden de protección perdería vigencia.

Según la Sentencia que le favoreció: *"Como se encontró probado, la accionante es persona de 60 años y para el mes de abril de 2015, tenía cotizadas 1187 semanas, faltándole para cumplir con el requisito de 1300, 113 semanas (...)"*<sup>28</sup> Un cálculo aproximado a partir de esa fecha, implicaría que entre mayo y diciembre de 2015 debió cotizar 132 semanas; en 2016, dado que fue desvinculada el 11 de septiembre, debió cotizar 34 semanas; en 2017, siendo que su reintegro se ordenó el 17 de abril, debió cotizar 36 semanas; y en lo que va corrido de 2018, 24 semanas. Eso arrojaría un total 126, por lo que alrededor de la fecha, habría superado el requisito de las 1300.

Por tanto, aunque en la aplicación del fallo que la protegió se desconocieron los parámetros de la decisión misma, pues se afectó la lista de elegibles contrariando las órdenes precisas del juez constitucional, es un hecho que se trata de una protección que ya no tiene vigencia. Porque si según la Sentencia SU-003 de 2018, la ausencia del requisito de la edad no da lugar a protección ante el hecho de que se puede cumplir con o sin vínculo laboral, no puede decirse menos del requisito de las semanas cotizadas cuando ya se satisfizo el mínimo exigido, pues debe entenderse entonces que los requisitos ya se cumplieron, y el reconocimiento de la pensión y la inclusión en nómina, ocurrirán con o sin vínculo laboral.

#### **5.- La Procuraduría 33 Judicial II Penal de Bogotá.**

En este cargo se desempeña en la actualidad (según respuesta a derecho de petición del 30 de enero ya citada), la señora Patricia Romero Otálvaro. Su vínculo en provisionalidad lo ha fundamentado la Procuraduría en un exótico fallo del Consejo Superior de la Judicatura, que data del 24 de febrero de 2017, dentro del radicado 110011102000/2016-05223 (anexo), en el que se le reconoció la condición de madre cabeza de familia. Si la entidad se limita a cumplir ese fallo, sin acatar las reglas que ha fijado la Corte Constitucional, esa señora puede permanecer en el cargo más de diez años, porque su mamá es pensionada pero la mesada no le alcanza; su hijo tiene 10 años, y su cónyuge no consigue trabajo porque estuvo preso condenado por varios delitos.

Según la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, esos antecedentes prevalecen sobre el mérito. Esta exótica decisión, curiosamente, no hace la más mínima referencia a la tensión que se presenta entre los derechos del funcionario provisional que alega la condición de madre cabeza de familia, y los derechos de los integrantes de las listas de elegibles resultado de un concurso de méritos. Se limita a transcribir decisiones relacionadas con los derechos de género, la discriminación, la desigualdad a que han sido históricamente las mujeres, citando precedentes sobre despido injustificado en el ámbito del derecho privado, sin que el problema jurídico sea siquiera enunciado, y mucho menos desarrollado y resuelto.

Por el contrario, la Corte Constitucional es muy clara al reconocer los derechos relativos de las madres cabeza de familia. Lo dice en los siguientes términos, en sentencia de unificación:

*"91. A juicio de la Sala Plena de la Corte Constitucional, en los casos como los planteados en el presente asunto, se deben tener en cuenta las siguientes reglas:*

---

<sup>28</sup> Página 18 del fallo.

En primer lugar, las personas nombradas en cargos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada, por la naturaleza del cargo que desempeñan. Esta misma regla es, en principio, aplicable a las personas nombradas en provisionalidad.

En segundo lugar, a juicio de la Sala Plena, a los cargos de provisionalidad o de libre nombramiento y remoción no le son aplicables reglas de prepensionados o retén social, menos aún en el caso de profesiones liberales.

Ahora bien, en tercer lugar, cuando en la relación laboral una de las partes la conforma un sujeto especialmente protegido (inciso 2° del artículo 43 de la CP), como lo son las madres cabeza de familia que cumplen con los presupuestos establecidos en la sentencia SU-388 de 2005, puede llegar a reconocérseles la garantía de la estabilidad laboral reforzada, claro está, mientras no exista una causal justificativa del retiro del servicio, dado que la protección de la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo, **desconozca principios superiores como el mérito que funda el sistema de carrera** o que la proteja frente a medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra. De esta manera, la garantía constitucional se sustenta en las siguientes hipótesis:

1. La terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de los servidores públicos en provisionalidad, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esa modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.
2. Sin embargo, cuando el servidor que debe ser desvinculado ostenta la calidad de mujer cabeza de familia, la entidad deberá tener en cuenta dos situaciones antes de proceder a la desvinculación:
  - 2.1. Si cuenta con un margen de maniobra, reflejado en vacantes, para la provisión de empleos de carrera, en razón a la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del ganador del concurso como del servidor público cabeza de familia.
  - 2.2. Si no cuenta con margen de maniobra, la entidad debe generar los medios que permitan proteger a las madres cabeza de familia, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera".<sup>29</sup>

(...) "100. Por todo lo expuesto, la Corte Constitucional considera que la Procuraduría General la Nación desconoció la especial atención a la madre cabeza de familia establecida en el inciso 2° del artículo 43 de la CP, vulnerando con ello los derechos fundamentales de la señora (...). **Reiterando que su condición de sujeto de especial protección constitucional no le otorga un derecho indefinido a permanecer en situación de provisionalidad en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan un concurso público de méritos, esta Corte le ordenará a la entidad que de ser posible en la actualidad, de continuidad a la vinculación de la señora (...) de forma provisional hasta tanto todas las plazas sean ocupadas por los integrantes de la lista de elegibles** (...) Dicha vinculación se prolongará **hasta tanto el cargo que lleque a ocupar sea provisto en propiedad mediante el sistema de carrera por nombramiento del funcionario que conforma la lista de elegibles** o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional".<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Páginas 58 y 59 de la Sentencia SU-691 de 2017.

<sup>30</sup> Página 65 Ibídem.

Aunque la decisión citada es posterior a aquella que protegió los derechos de la doctora Romero Otálvaro, estas reglas no son una innovación, ni implican un cambio jurisprudencial, sino que constituyen una ratificación de la jurisprudencia en cuanto al alcance de la protección que merecen las madres cabeza de familia cuando ocupan en provisionalidad un cargo de carrera administrativa. Ya con anterioridad la línea jurisprudencial consolidada, había establecido que esa protección no prevalece sobre los derechos de los integrantes de las listas de elegibles; que, por tanto, la acción afirmativa consiste en garantizarles ser las últimas en ser desvinculadas; que su protección no puede superar la vigencia de las listas de elegibles; que esas acciones afirmativas solo son procedentes de ser posibles, sin que una de las posibilidades sea privilegiar a la madre cabeza de familia frente al derecho de los integrantes de la lista de elegibles. Así lo estableció la Sentencia SU-446 de 2011, cuando al tratar el tema de la desvinculación de madres cabeza de familia en el marco de un concurso en la Fiscalía General de la Nación, afirmó:

*“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.”<sup>31</sup>*

No hay duda entonces de que para la fecha del fallo que le reconoció a Magda Patricia Romero Otálvaro la condición de madre cabeza de familia (24 de febrero de 2017), ya existían unas reglas claras trazadas por la Corte Constitucional, aplicables al caso. Además, es relevante destacar que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, que protegió los derechos de Magda Patricia Romero Otálvaro, aparte de omitir el estudio del problema jurídico y soslayar cualquier referencia a las pruebas en que se fundamenta, no señaló ninguna clase de límites temporales a la vigencia del amparo, por lo que, en este aspecto, sobre el que no existe mandato expreso, caben a plenitud las reglas trazadas por la jurisprudencia. Es decir, deben aplicarse las reglas elementales de que la protección no puede prevalecer sobre el mérito, ni su duración puede superar el término de vigencia de la lista de elegibles.

Desde luego, no es mi propósito provocar el despido laboral de la doctora Romero Otálvaro, pues para tal efecto o similares carezco tanto de interés como de legitimidad. Sí lo es, en cambio, clamar por la protección y prevalencia de mis derechos. Por eso, es relevante destacar que la doctora Romero, al momento de su desvinculación se desempeñaba como Procuradora Judicial para la Contratación Administrativa, que hace parte de la Convocatoria 06 del concurso. Por eso llama la atención que haya sido ubicada en el ámbito de la Convocatoria 04, adscrita a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, en la que no nunca, desde la configuración de la lista de elegibles, ha habido vacantes.

<sup>31</sup> Sentencia SU-446 de 2011, páginas 54 y 55, considerando 10.2.

Esa situación resulta particularmente inexplicable si se tiene en cuenta que en aquella dependencia, la Delegada para la Conciliación Administrativa, han sido nombrados funcionarios que perdieron el concurso, incluso asignándoles funciones en lo penal. Es el caso concreto del doctor Jairo Mejía, quien no figura en ninguna lista de elegibles, ni ha sido beneficiado por fallo de tutela, pero fue nombrado en la Procuraduría 22 Judicial II para la Conciliación Administrativa, con funciones en la Delegada para Asuntos Penales. Si de cumplir fallos de tutela se trata, respetando los derechos fundados en el mérito, ¿no sería obvio que se usaran esas plazas, en vez de afectar la lista de elegibles? Este tipo de irregularidades hace más ostensible la violación de mis derechos. De ahí la urgencia del amparo.

**6.- La Procuraduría 80 Judicial II de Cartago.**

En las respuestas a derechos de petición que hemos podido observar, no se menciona la Procuraduría 80 Judicial II de Cartago. No obstante, se tiene conocimiento de que la Doctora Sandra Inés Dávila, originalmente nombrada en este despacho, fue trasladada a la Procuraduría 128 Judicial II Penal de Medellín, que era ocupada por la doctora Aris Concepción Arriaga Andrada, quien estuviera en su momento protegida por el fuero de maternidad. No se conoce información acerca de si la vacante dejada por el traslado en cita, ha sido ocupada por algún funcionario en provisionalidad. Pero sí tenemos certeza de que no se ha producido ningún nombramiento de integrante de la lista de elegibles de la convocatoria 04. De tal manera, se reafirma que existen por lo menos seis (6) vacantes en las que deben ser nombrados estos últimos.

**7.- Cargos que se encuentran ocupados por personas que no pasaron el concurso, y solicitaron amparo por ser prepensionados o estar otras situaciones:**

|         |                             |             |                        |     |
|---------|-----------------------------|-------------|------------------------|-----|
| 6558744 | HERMAN RINCON CUELLAR       | Provisional | Procurador Judicial II | Per |
| 1785525 | HENNY SAMUEL MARQUEZ        | Provisional | Procurador Judicial II | Per |
| 4       | GONZALEZ                    |             |                        |     |
| 2779049 | ALICIA BARCO CARDENAS       | Provisional | Procurador Judicial II | Per |
| 3       |                             |             |                        |     |
| 3724729 | JULIETA MARGARITA FRANCO    | Provisional | Procurador Judicial II | Per |
| 1       | DAZA                        |             |                        |     |
| 5242523 | ARIS CONCEPCION ARRIAGA     | Provisional | Procurador Judicial II | Per |
| 3       | ANDRADE                     |             |                        |     |
| 5425037 | LUZMILA TRUJILLO CHAVERRA   | Provisional | Procurador Judicial II | Per |
| 9       |                             |             |                        |     |
| 6328715 | MARIA MARCELA DUARTE TORRES | Provisional | Procurador Judicial II | Per |
| 0       |                             |             |                        |     |
| 6330577 | MAGDA PATRICIA ROMERO       | Provisional | Procurador Judicial II | Per |
| 5       | OTALVARO                    |             |                        |     |
| 7006918 | ELIAS HOYOS SALAZAR         | Provisional | Procurador Judicial II | Per |
| 7       |                             |             |                        |     |

Se tiene conocimiento que son mas los cargos que están ocupados por personas diferentes a los integrantes de la lista de elegibles, pero la información no se brinda por parte de la Secretaría General.

**VI.2. La permanencia en la lista de elegibles.**

La procuraduría ha argumentado, además, como fundamento para no proferir nombramientos de la lista de elegibles, que personas ganadoras del concurso que no aceptaron el nombramiento, pidieron mantener vigente su nombre en la lista. Para ello, ha expuesto su particular interpretación del inciso 6° del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000. Se sostiene aquí que esa interpretación es contraria a derecho.

Dice la norma:

*“Efectuados los respectivos nombramientos para proveer los empleos objeto de la convocatoria u otros iguales a éstos, **se retirarán de la lista de elegibles los servidores en los que hayan recaído dichos nombramientos, salvo que no hayan aceptado o no se hayan posesionado por razones ajenas a su voluntad.** El nominador deberá utilizar las listas en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos, o en empleos de inferior jerarquía. **En este último caso, la no aceptación del nombramiento no constituye causal para la exclusión de la lista de elegibles.**” (Destacados ajenos al texto).*

Según la estructura de esa disposición, hay una regla general: las personas destinatarias de los nombramientos, se retiran de la lista. Y una excepción: que las personas nombradas no hayan aceptado o no se hayan posesionado, por razones ajenas a su voluntad. No hay lugar a dudas que esos fenómenos ajenos a la voluntad, por regla general la fuerza mayor y el caso fortuito, están vinculadas exclusivamente a los fenómenos de la aceptación y la posesión. Nada tienen que ver con la permanencia en la lista de elegibles. Ese aplazamiento del retiro de la lista de elegibles, no puede entenderse como la permanencia en el registro de elegibles, porque por esa vía, se desnaturaliza el concurso. Si se trata de “razones ajenas a la voluntad”, ese aplazamiento de la exclusión de la lista de elegibles solo es razonable mientras se superan esas “razones ajenas a la voluntad”.

Por lo demás, ese inciso del artículo 216 no puede leerse de manera aislada, sino que tiene que interpretarse en el contexto en el cual está inserto, como lo ordena la interpretación sistemática. Esa norma debe interpretarse en consonancia con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 84, con los numerales 2 y 3 del artículo 169 y con el artículo 190 del mismo Decreto Ley, normas que regulan los fenómenos de aceptación y posesión, **y que hacen parte expresa de las reglas inmodificables del concurso**, como se deduce claramente de los artículos Vigésimo Primero de la Resolución 040 del 20 de enero de 2015 que da apertura a la convocatoria del concurso, y del parágrafo segundo de la Resolución 357 del 11 de julio de 2016 que estableció la lista de elegibles. Dichas normas establecen:

El artículo 84: *“El nombramiento deberá ser comunicado al interesado dentro de los ocho (8) días siguientes a su expedición y este deberá aceptarlo dentro de un término igual. (...) El término para la posesión es de 15 días contados a partir de la fecha de aceptación del empleo.- Parágrafo. El término para la posesión podrá ser prorrogado por el nominador por una sola vez hasta por treinta (30) días siempre que se considere **justa la causa invocada** y que la solicitud se formule antes del vencimiento del término inicial.”*

El artículo 169 consagra: **“Revocatoria del nombramiento. El Procurador General podrá revocar un nombramiento cuando se presente alguna de las siguientes causales: (...) 2. Cuando el nombrado no ha manifestado su aceptación o no se ha posesionado dentro de los plazos señalados. 3. Cuando el nombrado manifiesta expresamente que no acepta el nombramiento.”**

Por su parte, el artículo 190 regula la provisión definitiva de los cargos, estableciendo un orden de prioridades, en el que brilla por su ausencia la posibilidad de nombrar a la persona que, habiendo sido nombrada, no aceptó el cargo o no se posesionó dentro de los plazos y/o prórrogas establecidos en las disposiciones anteriores.

De modo que la alusión a la excepción del retiro inmediato de la lista de elegibles, de las personas nombradas, que no hayan podido aceptar o posesionarse por razones ajenas a su voluntad, prevista en el inciso 6° del artículo 216 del decreto, no es otra cosa que el aplazamiento de esa exclusión, hasta cuando haya vencido la prórroga oportunamente solicitada y fundamentada en justa causa (razones ajenas a la voluntad), valorada como tal por el nominador. De ninguna manera puede interpretarse ese trámite, con la permanencia en la lista de elegibles durante toda su vigencia.

Por tanto, no se ajusta a las reglas acabadas de citar, que, se insiste, son reglas inmodificables del concurso, la interpretación errónea expuesta por la Procuraduría General de la Nación al oponerse a la acción de tutela radicada bajo el número 11001-22-40-000-2018/00692, tramitada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, según la cual, personas nombradas que no aceptaron el nombramiento, *“a pesar de haber sido nombrados en diferentes plazas manifestaron que por razones ajenas a su voluntad no aceptaban la designación y solicitan conservar su puesto en ella”*, pues tal eventualidad viola las reglas del concurso y carece de fundamento jurídico.

Esa posibilidad no está prevista en las reglas del concurso de la Procuraduría General de la Nación. Tampoco se puede confundir con la regla de registro prevista en el artículo 165 de la ley 270 que se aplica a los concursos de la Rama Judicial, según la cual *“La inscripción individual en el registro tendrá una vigencia de cuatro años.”*, precisamente porque esa modalidad de registro **es individual**, y no una vigencia general de la lista por dos años, como claramente ocurre en la Procuraduría General de la Nación.

El retiro de aspirantes de las listas de elegibles se encuentra regulado en múltiples regulaciones generales y especiales, sin que en ninguno se establezca la permanencia en ellas de las personas que han sido nombradas. Un ejemplo claro se observa en el artículo 29 del Acuerdo 562 del 5 de enero de 2016, de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que dice:

*“Artículo 29. **Retiro de los aspirantes de las listas.** Los aspirantes que con base en las listas de elegibles y en el Banco Nacional de Listas de Elegibles, sean nombrados y tomen posesión de los empleos para los cuales concursaron, o en empleos iguales o similares funcionalmente, se entenderán retirados de las mismas, como también quienes no acepten el nombramiento, así mismo a quienes la entidad aplique el procedimiento de que trata el parágrafo del artículo 9° del presente Acuerdo”.* (Altas nuestras).

El Decreto 780 de 2005 contentivo del régimen de carrera del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en su artículo 11.5 consagra: *“La no aceptación de la designación causa la exclusión automática e inmediata de la lista de elegibles”*.

Idénticas o similares disposiciones se encuentran en otros regímenes de carrera administrativa, entre otros, el artículo 39 del Decreto 1350 de 2009, que contiene el régimen respectivo de la Registraduría Nacional del Estado Civil; inciso 2 del numeral 2° del artículo 3° y artículo 31 del Acuerdo 159 del 2011 de la Comisión Nacional del Servicio Civil; artículo 2.2.6.22, Título 6 del Decreto 1083 de 2015.

Todas esas disposiciones son unánimes en establecer de manera inequívoca que la posesión, no aceptación, o no posesión del nombrado en el cargo, causan el retiro de la lista de elegibles.

La parte final del inciso 6° del artículo 216 que venimos analizando, consagra una única excepción, que confirma la regla:

*“El nominador deberá utilizar las listas en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos, o en empleos de inferior jerarquía. En este último caso, la no aceptación del nombramiento no constituye causal para la exclusión de la lista de elegibles.”* (Destacados ajenos al texto).

Cuando la norma expresa textualmente que **“en este último caso”**, refiriéndose al evento de nombramiento en un cargo de inferior jerarquía con respecto a aquel que fue ofertado en el concurso, la no aceptación del nombramiento carece del efecto de ser excluido de la lista de elegibles, está indicando que en los demás, esa declinación implica la exclusión de la lista de elegibles. En otras palabras: La permanencia en la lista de elegibles, una vez agotada la prórroga oportunamente solicitada y debidamente fundamentada y valorada, es posible **exclusivamente**, cuando el integrante de la lista de elegibles es nombrado en un cargo de inferior jerarquía que el ofertado en el concurso.

Del modo anterior queda demostrado que la resistencia de la Procuraduría General a agotar los nombramientos en las plazas vacantes que fueron ofertadas, con el argumento de que debe conservarlas al servicio de quienes no aceptaron el nombramiento o no se posesionaron, carece absolutamente de fundamento jurídico, y viola flagrantemente los derechos adquiridos con base en el mérito.

### **VI.3. De la firmeza de las listas de legibles y su vigencia:**

La Constitución Política de Colombia en el artículo 125 señala como regla general que los empleos en los órganos y entidades de estado sean de carrera.

La H. Corte Constitucional, armonizando lo anotado, con el artículo 280 de la carta política, que ordena la equiparación en materia de “derechos” entre magistrados y jueces y los agentes del ministerio público que ejercen el cargo ante ellos, la lleva a proferir la Sentencia C-101 de 2013, en la que ordenó a la Procuraduría General de la Nación, convocar a concurso público de méritos para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II., allí se dijo:

“...La Corte declara la inexequibilidad de la norma demandada, por vulneración del artículo 280 de la Constitución que ordena la equiparación en materia de “derechos” entre magistrados y jueces y los agentes del ministerio público que ejercen el cargo ante ellos, entendiendo esta Corte que entre los derechos a homologar se encuentra el ser considerado de carrera administrativa. Cabe distinguir que una es la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y otra la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, la incorporación que procede respecto de los “procuradores judiciales” es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación. ...”

En virtud de lo anterior mediante Resolución 040 del 20 de enero de 2015, (se allega copia) la Procuraduría General de la Nación, dio apertura y expidió la reglamentación del proceso de selección correspondiente, realizando 14

convocatorias según cada especialidad, siendo así como se prohirieron 14 Resoluciones (se allega copia de cada una con sus respectivas modificaciones), donde se adoptaron las listas de elegibles para cada convocatoria en específico.

Debo resaltar, que se indica como termino de vigencia de las listas dos (2) años a partir que las mismas quedaran en firme y no de cuatro (4) años como acontece en la Rama Judicial, lo cual indica ya un desconocimiento por parte de la Procuraduría General de la Nación a la Sentencia de Constitucionalidad de la H. Corte Constitución, (Sentencia C-101 de 2013).

De esas listas de elegibles, es decir, en cada Convocatoria, en el mes de agosto se realizaron los nombramientos, las notificaciones y posteriores posesiones.

Es importante mencionar que, luego de haber sido publicadas, algunas listas sufrieron modificaciones posteriores, dados fallos judiciales que así lo ordenaron, de la siguiente forma:

- **La Convocatoria 004**, adoptada por Resolución No. 357 del 11 de julio de 2016, fue objeto de aclaración, en cuanto a su denominación por Resolución No. 358 del 12 de julio de 2016.  
Pero luego es modificada, según Resolución No. 043 del **21 de febrero de 2017**

Los actos administrativos siempre han sido definidos por la doctrina como la manifestación de voluntad de la administración y gozan de una presunción de legalidad, la cual consiste en considerarse validos mientras no hayan sido anulados por una autoridad judicial.

Por regla general, los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA (Ley 1437 del 18 de enero de 2011), al referirse a la firmeza de los actos administrativos, indica que estos quedan en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.

De acuerdo con lo anterior, si un acto administrativo, en este evento, una Resolución de aquellas que adopto la lista de elegibles en las 14 convocatorias que adelantó la Procuraduría General de la Nación, ha sufrido, por cualquier causa motivo o razón, alguna modificación o reforma, es claro entender, que debe surtirse una nueva notificación, como en efecto lo hizo la entidad, para que se salvaguarde el principio de publicidad de los actos administrativos y a partir de allí, se pueda predicar su fuerza vinculante y su oponibilidad.

Esta postura la ha dejado muy clara y escueta la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-957 de 1999, en cuanto señalo:

## “...PRINCIPIO DE PUBLICIDAD-Rige la actividad del Estado

*La Carta Política establece la publicidad como principio rector de las actuaciones administrativas, para lo cual, de conformidad con lo preceptuado en su artículo 209, obliga a la administración a poner en conocimiento de sus destinatarios los actos administrativos, con el fin, no sólo de que éstos se enteren de su contenido y los observen, sino que, además, permita impugnarlos a través de los correspondientes recursos y acciones. Al imponer una norma, como ocurre en el caso sub examine, que los actos administrativos en ella señalados sólo entran a regir después de la fecha de su publicación, simplemente hace efectivo el mandato constitucional contenido en el artículo 209, según el cual la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento, entre otros, en el principio de publicidad....*

(...)

### ACTO ADMINISTRATIVO-Vigencia

*En relación con la vigencia de los actos administrativos, el Consejo de Estado considera que la decisión administrativa contenida en el acto de carácter general o particular es válida desde el momento en que se expide (desde que ha sido firmado, aún sin haber sido publicado o notificado, según el caso); sin embargo, su fuerza vinculante comienza desde que se ha producido la publicación o notificación del acto; por lo tanto, la publicación no constituye un requisito de validez del acto administrativo; se trata simplemente de una condición para que pueda ser oponible a los particulares, es decir, de obligatoriedad. En este evento, se está ante un problema de eficacia de la norma, no de validez; es un aspecto extrínseco del acto y posterior al mismo. Adicionalmente, la jurisprudencia contencioso administrativa sostiene que, si el acto administrativo concede un derecho al particular, éste puede reclamarlo de la administración aunque el acto no haya sido publicado. Si por el contrario, el acto impone una obligación, ésta no puede exigirse hasta tanto dicho acto sea publicado, aunque haya una instrucción en el mismo en sentido contrario.*

### ACTO ADMINISTRATIVO-Expedición, vigencia y obligatoriedad

*Los actos administrativos expedidos por las autoridades de los diferentes órdenes territoriales existen y son válidos desde el momento mismo de su expedición, pero no producen efectos jurídicos, es decir, no tienen fuerza vinculante, sino a partir de que se realiza su publicación, en tratándose de actos administrativos de carácter general, o su notificación cuando se trata de actos administrativos de carácter particular. Sólo a partir de este momento, serán obligatorios y oponibles a terceros. ...)*

En ese orden de ideas:

- La Convocatoria 004, adoptada por Resolución No. 357 del 11 de julio de 2016, debe empezar a contarse el término de vigencia de dos (2) años, a partir de la publicación de la última modificación, es decir, de la Resolución No. 043 del 21 de febrero de 2017.

Luego entonces, y dada la premura del tiempo, en razón a que está próximo a vencerse la vigencia de listas de elegibles dentro de las 14 convocatorias, la única posibilidad de defensa de nuestros derechos fundamentales, de quienes integramos las listas de elegibles, idóneo es la tutela razón y así mismo esta coadyuvancia.

## “...PRINCIPIO DE PUBLICIDAD-Rige la actividad del Estado

*La Carta Política establece la publicidad como principio rector de las actuaciones administrativas, para lo cual, de conformidad con lo preceptuado en su artículo 209, obliga a la administración a poner en conocimiento de sus destinatarios los actos administrativos, con el fin, no sólo de que éstos se enteren de su contenido y los observen, sino que, además, permita impugnarlos a través de los correspondientes recursos y acciones. Al imponer una norma, como ocurre en el caso sub examine, que los actos administrativos en ella señalados sólo entran a regir después de la fecha de su publicación, simplemente hace efectivo el mandato constitucional contenido en el artículo 209, según el cual la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento, entre otros, en el principio de publicidad....*

(...)

### ACTO ADMINISTRATIVO-Vigencia

*En relación con la vigencia de los actos administrativos, el Consejo de Estado considera que la decisión administrativa contenida en el acto de carácter general o particular es válida desde el momento en que se expide (desde que ha sido firmado, aún sin haber sido publicado o notificado, según el caso); sin embargo, su fuerza vinculante comienza desde que se ha producido la publicación o notificación del acto; por lo tanto, la publicación no constituye un requisito de validez del acto administrativo; se trata simplemente de una condición para que pueda ser oponible a los particulares, es decir, de obligatoriedad. En este evento, se está ante un problema de eficacia de la norma, no de validez; es un aspecto extrínseco del acto y posterior al mismo. Adicionalmente, la jurisprudencia contencioso administrativa sostiene que, si el acto administrativo concede un derecho al particular, éste puede reclamarlo de la administración aunque el acto no haya sido publicado. Si por el contrario, el acto impone una obligación, ésta no puede exigirse hasta tanto dicho acto sea publicado, aunque haya una instrucción en el mismo en sentido contrario.*

### ACTO ADMINISTRATIVO-Expedición, vigencia y obligatoriedad

*Los actos administrativos expedidos por las autoridades de los diferentes órdenes territoriales existen y son válidos desde el momento mismo de su expedición, pero no producen efectos jurídicos, es decir, no tienen fuerza vinculante, sino a partir de que se realiza su publicación, en tratándose de actos administrativos de carácter general, o su notificación cuando se trata de actos administrativos de carácter particular. Sólo a partir de este momento, serán obligatorios y oponibles a terceros. ...)*

En ese orden de ideas:

- La Convocatoria 004, adoptada por Resolución No. 357 del 11 de julio de 2016, debe empezar a contarse el término de vigencia de dos (2) años, a partir de la publicación de la última modificación, es decir, de la Resolución No. 043 del 21 de febrero de 2017.

Luego entonces, y dada la premura del tiempo, en razón a que está próximo a vencerse la vigencia de listas de elegibles dentro de las 14 convocatorias, la única posibilidad de defensa de nuestros derechos fundamentales, de quienes integramos las listas de elegibles, idóneo es la tutela razón y así mismo esta coadyuvancia.

Consideramos que solo el juez de tutela puede salvaguardar nuestros derechos fundamentales, al disponer u ordenar que el término de vigencia de las listas de elegibles, producto del concurso de Procuradores Judiciales, comience a contarse a partir del momento de la notificación de la última modificación, y no como lo dice la Procuraduría en una errónea interpretación, en cuanto a que el termino se empieza a contar desde la primera notificación, desconociendo las modificaciones realizadas.

Esta protección a los derechos fundamentales invocados, debe quedar materializada, por sendos actos administrativos que debe proferir el Señor Procurador General de la Nación, en cumplimiento a lo dispuesto en el fallo de tutela.

## VII. Síntesis.

De todo lo expuesto y a manera de síntesis, pueden afirmarse las siguientes conclusiones.

- 1) Los cargos que actualmente se encuentran ocupados por funcionarios nombrados en provisionalidad como prepensionados, deben ser utilizados de manera inmediata con miembros de la lista de elegibles, pues los fallos de tutela que supuestamente los amparan, fueron claros en advertir que su vinculación no podía afectar los derechos de estos últimos; además, esos fallos ya no se encuentran vigentes, por haberse superado los condicionamientos en que fueron concedidos.
- 2) El amparo que se le concedió a una madre cabeza de familia, tampoco puede afectar la efectividad de los derechos de los miembros de la lista de elegibles, pues a esa situación le son plenamente aplicables las reglas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, máxime cuando la sentencia de tutela que supuestamente la ampara, omitió fijar el término de su vigencia.
- 3) La Procuraduría General de la Nación suspendió de facto la vigencia de la lista de elegibles, por lo menos desde el 15 de marzo de 2017, fecha en que se profirió por parte del Consejo de Estado la medida cautelar de suspensión provisional de la evaluación del desempeño laboral de los nombrados en periodo de prueba, la hasta el 15 de febrero de 2018, fecha en la cual esta medida fue revocada por la autoridad competente. De esa suspensión de facto hay pruebas en respuestas a derechos de petición y confesión de parte. Esos once (11) meses de suspensión de facto de la ejecución de la lista de elegibles, debe ser restablecido, para hacer eficaz la vigencia por dos años de la lista de elegibles, prevista en las reglas del concurso.
- 4) Las manifestaciones de la Procuraduría General de la Nación en el sentido de que debe conservar en la lista de elegibles a personas que *“a pesar de haber sido nombrados en diferentes plazas manifestaron que por razones ajenas a su voluntad no aceptaban la designación y solicitan conservar su puesto en ella”*<sup>32</sup>, carece absolutamente de fundamento jurídico y quebranta flagrantemente los derechos del mérito. Para restablecerlos, debe ordenársele a la accionada abstenerse de nombrar en los cargos vacantes

<sup>32</sup> Respuesta de la Procuraduría a la Acción de Tutela radicada bajo el número 11001-22-40-000/2018-00692, tramitada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, página 4.

personas que ya fueron nombradas y que no aceptaron el cargo o no se posesionaron, pues ya no hacen parte de la lista de elegibles.

### **VIII. Pretensiones.**

Con fundamento en los hechos y los fundamentos expuestos, de la manera más comedida solicito del Honorable Tribunal:

Tutelar mis derechos constitucionales fundamentales al debido proceso administrativo, el acceso a los cargos públicos, el trabajo, la confianza legítima y al trabajo. Para hacer efectiva esa protección:

Ordenar la señor Procurador General de la Nación proferir dentro de las 48 horas siguientes a la decisión, acto administrativo de nombramiento del suscrito accionante como Procurador Judicial II Penal, en una de las, por lo menos, nueve (9) vacantes ocupadas actualmente por funcionarios designados en provisionalidad en condición de prepensionados o madres cabeza de familia. Lo anterior por tener derecho prevalente a ello al estar ocupando el noveno puesto del orden de la lista de elegibles.

De manera subsidiaria, ordenarle al señor Procurador General de la Nación expedir acto administrativo en el que restablezca el término de vigencia de la lista de elegibles, por un lapso igual al que estuvo suspendido de facto, por la interpretación irregular de la medida cautelar decretada por el H. Consejo de Estado dentro del radicado 11001-0325-000-2015-00366-00 (0740-2015) el 15 de marzo de 2017; el restablecimiento del término debe comprender, por lo menos, un lapso igual al transcurrido desde esa fecha hasta el 15 de febrero de 2018 cuando fue revocada, es decir once meses, si bien desde esta última a la fecha tampoco se han proferido actos de agotamiento de las listas de elegibles.

### **IX. Solicitud de medida cautelar urgente.**

En las respuestas que ha dado la Procuraduría General de la Nación tanto a derechos de petición de otros aspirantes, como a requerimientos en acciones de tutela como entidad accionada, ha manifestado su irregular interpretación de conservar en las listas de elegibles derechos de personas que no aceptaron el cargo o no se posesionaron, y que, por lo tanto, deben considerarse excluidas de estas listas. Ante la inminencia del vencimiento del término de vigencia de la lista de que trata esta acción, y para evitar la consolidación de derechos carentes de fundamento jurídico en detrimento de los que aquí se reclaman, ruego tomar la siguiente medida cautelar:

Ordenarle al señor Procurador General de la Nación abstenerse de realizar nombramientos de personas que fueron nombradas como Procurador Judicial II Penal, y que no aceptaron el nombramiento o no se posesionaron. Ello, por lo menos mientras se deciden de fondo las pretensiones de esta acción de tutela.

Esta petición tiene fundamento en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, y con ella se pretende evitar que se produzcan daños adicionales a los ya causados con la omisión de agotar la lista de elegibles. No hay duda que restablecerle a quienes fueron nombrados y no aceptaron o no se posesionaron, derechos en la lista de elegibles carentes de fundamento jurídico, reduce las plazas vacantes disponibles, genera controversias de largo plazo, que, a la postre, permitirían el vencimiento de

la vigencia de la lista de elegibles sin consolidar mis derechos, haciéndolos irrealizables en la forma como la Constitución los establece. Una reparación del daño a través de un extenso procedimiento administrativo, no restablece los derechos fundamentales cuya vigencia y efectividad aquí se reclama.

#### **X. Pruebas.**

Anexo para que sean tenidos como medio de prueba, reproducciones de los siguientes documentos:

- 1.- Resolución 040 del 20 de enero de 2015 que da apertura a la convocatoria del concurso.
- 2.- Resolución 357 del 11 de julio de 2016 en relación con la convocatoria 004 del mismo concurso.
- 3.- Resolución 358 del 12 de julio de 2016 en relación con la convocatoria 004 del mismo concurso y que corrige la Resolución 357.
4. Oficio No. 005567 del 6 de octubre de 2016 de la Secretaria General de la Procuraduría general de la Nación, en el que se me informa sobre la composición de las lista de nombramientos y las diferentes novedades presentadas.
- 5.- Resolución 043 del 21 de febrero de 2017 recomposición de la lista en la Convocatoria 004.

Solicito que se decreten las siguientes:

- 1.- Oficiar a la Procuraduría General de la Nación para que informe, con soporte documental, los números de semanas cotizadas y la edad de los funcionarios provisionales: Hennys Samuel Márquez González; Alicia Barco Cárdenas; Elías Hoyos Salazar y Julieta Margarita Franco Daza, y, en general, de todos los funcionarios que se encuentren en provisionalidad desempeñando funciones de Procurador Judicial II Penal, indicando además sus nombres y el despacho en el cual se desempeñan.
- 2.- Oficiar a la misma entidad para que envíe la totalidad de los soportes probatorios que tenga en su poder, que acrediten la condición de madre cabeza de familia de la doctora Magda Patricia Romero Otálvaro.
- 3.- Oficiar a la misma entidad para que informe la totalidad de los despachos de Procurador Judicial II Penal en los que estén desempeñando funciones personas en condición de provisionalidad, así como la totalidad de despachos que se encuentren sin titular a cualquier título.
- 4.- La misma entidad deberá suministrar los soportes probatorios, nombres e identidades de todas aquellas personas que habiendo sido nombradas no aceptaron el cargo, o se abstuvieron de posesionarse, y de los que afirma la Procuraduría se mantienen en la lista de elegibles, por haberlo solicitado "por razones ajenas a su voluntad".
- 5.- También suministrará, previo requerimiento, la totalidad de Procuradurías Judiciales II, de todas las convocatorias de este rango, que se encuentren ocupadas por funcionarios en provisionalidad, anexando soportes que sustentan sus nombramientos, tales como decisiones de tutela, administrativas, etc., indicando las razones por las cuales en esos despachos no pueden ser ubicados madres cabeza de familia y prepensionados. En particular, sobre estos tópicos,

deberá informar todo lo relacionado con la Procuraduría Judicial II Penal para la Conciliación Administrativa, y las que se encuentren en circunstancias similares.

6.- Oficiar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para que suministre al Despacho la fecha exacta en que fueron radicadas las solicitudes de pensión por parte de los funcionarios a los que se refiere el numeral primero de este apartado de la solicitud de pruebas.

**XI. Vinculación de terceros.**

Comedidamente solicito se vincule a los integrantes de la lista de elegibles de la convocatoria 04, a partir del puesto 217, para que si así lo consideran, intervengan en el trámite de esta acción, en particular en cuanto tiene que ver con su interés en la reposición del tiempo que permaneció suspendida de facto la ejecución de la lista de elegibles.

Por desconocerlas, me es imposible suministrar sus direcciones y datos de ubicación, pero se le puede ordenar a la accionada hacerlo, a través de los dispositivos electrónicos destinados para todos los efectos de la implementación del concurso.

En todo caso, estoy presto a toda colaboración al respecto, lo que incluye sufragar los gastos de publicación de convocatoria, en caso de ser necesario.

**XII. Declaración jurada.**

Con las advertencias anotadas en el capítulo IV de este escrito, declaro bajo la gravedad del juramento que no he promovido otra acción, ni de tutela de ninguna otra clase, con fundamento en los mismos hechos y con idéntica pretensión.

**XIII. Direcciones.**

La Procuraduría General de la Nación tiene sede en la carrera 5 # 15-80 de la ciudad de Bogotá.

De los H. Magistrados, atentamente,



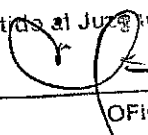
**SERGIO REYES BLANCO**  
C.C. 91.070.384

ADMINISTRACION JUDICIAL  
SECCION DE EJECUCION  
OFICINA - EJECUCION

Pereira, 10 JUL 2018  
Presentado por Pedro Antonio  
Mejia  
cc. 16552135

Radicación N° \_\_\_\_\_

Repartido al Juzgado \_\_\_\_\_

  
OFICINA JUDICIAL