

 JUSTICIA PENAL BUGA	SENTENCIA DE TUTELA PRIMERA INSTANCIA	 ERES EXCELENCIA EN RENDIMIENTO ÉTICO SUPERIOR
Código: GSP-FT-49	Versión: 1	Fecha de aprobación: 22/05/2012

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA DE DECISIÓN PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL**

JUAN CARLOS SANTACRUZ LÓPEZ

Magistrado Ponente

RADICACIÓN	76111-22-04-003-2019-00202-00
ACCIONANTE	CLAUDIA LORENA TOMÉ MONCADA
ACCIONADO	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Guadalajara de Buga-Valle, catorce (14) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Discutido y Aprobado en **ACTA No. 147**

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decidir lo pertinente al trámite de tutela presentado por la ciudadana CLAUDIA LORENA TOMÉ MONCADA, en contra de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo.

¡Comprometidos con la calidad!
Calle 7 No. 14-32, Oficina 218 - Telefax 2367525
sspenbuga@cendoj.ramajudicial.gov.co



2. ANTECEDENTES

1. La accionante Claudia Lorena Tomé Moncada, afirmó que la Procuraduría General de la Nación, dio apertura a concurso abierto de méritos para proveer 739 empleos de carrera en esta entidad, proceso que se reguló por medio de la Resolución 332 del 12 de agosto de 2015 y del que se derivó la Convocatoria No. 051 de la misma anualidad, con el fin de proveer 118 cargos de Profesional Universitario 3PU grado 17, en el cual se inscribió para ocupar el aludido cargo en alguna de las plazas de Pereira como sede principal, Manizales y Santa Rosa de Viterbo sedes alternas.

Indicó que una vez superadas todas las etapas del medio de selección, en el mes de mayo de 2017 se publicó la lista de elegibles, desde el puesto número 1 hasta el 265, ocupando la accionante la ubicación 215. De manera posterior, se efectuaron los nombramientos de los cargos ofertados utilizando la lista de elegibles hasta la posición 150, dado que algunos participantes no accedieron a los empleos por diversos motivos.

2. Manifestó que el día 1 de junio de 2018, envió mediante correo electrónico derecho de petición a la PGN solicitando su nombramiento en la Procuraduría Provincial de Cartago, Valle, o en la Procuraduría Provincial de Buga por encontrarse vacantes; pero el 6 de junio de 2018 mediante correo electrónico la PGN le comunicó el Decreto 2619 del 31 de mayo de 2018, por medio del cual se la nombra en el cargo de Profesional Universitario 3PU Grado 17 en la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Viterbo. Indicando que la convocatoria no incluyó la sede de Cartago, la que con seguridad hubiese escogido, sin embargo, según la norma de la convocatoria, las sedes de escogencia era

tan solo un criterio referencial, para determinar la preferencia de los concursantes.

Teniendo en cuenta que su nombramiento se realizó en Santa Rosa de Viterbo, mediante escrito de fecha 15 de junio de 2018, envió escrito de no aceptación, solicitando la no exclusión de la lista, pues la no aceptación obedecía a razones ajenas a su voluntad (por razones de estudio y unidad familiar) de conformidad con el inciso 6 del artículo 216 del Decreto 262 de 2000, las que se produjeron con posterioridad a la inscripción.

3. Mediante oficio del 3 de agosto de 2018, la Secretaria General de la PGN, atiende su solicitud indicando los motivos por los cuales no era procedente ubicarla en Cartago y/o Buga; con ocasión a la anterior respuesta el 7 de septiembre de 2018, envía nuevamente derecho de petición a la PGN, donde solicita se le informe que posición ocupaba actualmente en la lista de elegibles luego del proceso de consolidación, y donde igualmente reiteró su petición en cuanto a su nombramiento en la Procuraduría Provincial de Cartago, sin obtener respuesta alguna a dicho derecho de petición, por lo cual decide nuevamente el 11 de enero y 5 de marzo de 2019, elevar derecho de petición insistiendo en la misma solicitud.

Peticiones que no se resolvieron, y que a través de comunicación vía correo electrónico de fecha 27 de marzo de 2019, se le informa que el Procurador General de la Nación, profirió el Decreto No. 855 del 21 de marzo de 2019, por el cual se revoca el Decreto No. 2619 del 31 de mayo de 2018, en la cual se la había nombrado en periodo de prueba y la excluyen de la lista de elegibles; aduciendo la PGN las razones por las cuales se la excluye de la convocatoria.

4. En razón a las circunstancias fácticas expuestas, la libelista presentó acción tutelar para la salvaguarda de sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso administrativo, trabajo, acceso a cargos públicos, confianza legítima y unidad familiar. Solicitó se ordene a la Procuraduría General de la Nación, revocar el Decreto No. 855 del 21 de marzo de 2019, en lo pertinente a su exclusión de la lista de elegibles contenida en la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 195 de 17 de mayo de 2017, correspondiente a la convocatoria No. 051 de 2015, y en su lugar proceda a atender los argumentos y lo aportado para la no aceptación del nombramiento en la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Viterbo, para de esa forma permitir su continuidad dentro de la lista de elegibles contenida en la Resolución ya señalada.

Finalmente solicitó se proceda de manera inmediata o antes del vencimiento de la lista de elegibles contenida en la Resolución 195 de 17 de mayo de 2017, se la nombre en periodo de prueba en cumplimiento del mismo orden de elegibilidad.¹

En escrito del 2 de mayo de 2019, la actora CLAUDIA LORENA TOMÉ MONCADA, adiciona el escrito de tutela indicando que, en virtud a la orden impartida por el Juzgado Tercero Contencioso Administrativo de Pasto, relaciona la totalidad de cargos disponibles de Profesional Universitario 3PU grado 17, y donde se resaltan los aplicables a su caso particular, aduciendo que no se ajusta a la realidad lo reportado por la Procuraduría General de la Nación.²

¹ Folios 1 a 22 del expediente

² Folios 133 a 136 del expediente

Para el 9 de mayo, nuevamente la actora allega escrito adicionando la acción de tutela, en la cual aporta dos casos que, según su criterio son idénticos al suyo y a los cuales no se les dio el mismo trato igualitario.³

Mediante auto de sustanciación No. 058 del 29 de abril de 2019, se procedió a correr traslado a la entidad accionada y se vinculó en calidad de accionados a las personas que conforman la lista de elegibles para proveer el cargo de Profesional Universitario de la Procuraduría General de la Nación, efectuado mediante la convocatoria No. 051 de 2015, como aquellos que se encuentran en la actualidad ejerciendo el citado cargo en provisionalidad en las Procuradurías de Cartago y Buga del Departamento del Valle, corriendo el respectivo traslado a las accionadas, en aras de garantizar su derecho de contradicción y defensa.⁴

3. RESPUESTA ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

3.1. ENTIDADES ACCIONADAS

3.1.1. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante oficio allegado a este Despacho el 10 de abril de 2019, la Profesional Universitaria de la Procuraduría General de la Nación, informa que, de conformidad con lo señalado por la Secretaría General, la accionante participó dentro de la convocatoria pública 051 de 2015, donde se ofertaron 118 empleos de Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17, para las Procuradurías Regionales y Provinciales a nivel Nacional.

³ Folios 140 a 175 del expediente

⁴ Folios 125 a 132 del expediente

En la Resolución No. 195 del 17 de mayo de 2017, se publicó la respectiva lista de elegibles, donde la accionante ocupó el puesto 215 de elegibilidad, dicho listado se conformó con 265 participantes, indicando seguidamente el agotamiento de las etapas I, II y III.

Aduce que la señora TOME MONCADA, mediante correo electrónico del 15 de junio de 2018, manifestó no aceptar la designación efectuada, indicando como causa ajena a su voluntad para permanecer en la lista de elegibles, la situación de encontrarse cursando 4° semestre de la maestría de Derecho constitucional en la Universidad Libre - Seccional Cali, además de encontrarse a cargo del cuidado de sus padres debido a los quebrantos de salud que padecen.

Indico que mediante Decreto 855 del 21 de marzo de 2019, se revocó el Decreto 2619 del 31 de mayo de 2018, por medio del cual se nombró a la accionante en el cargo de Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17, de la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Viterbo, retirando a la participante CLAUDIA LORENA TOME MONCADA, de la lista de elegibles de la convocatoria 051 de 2015, comoquiera que está no mencionó ni aportó prueba alguna que sustentara “*las razones ajenas a su voluntad*” que le impidieron aceptar el referido cargo como lo estipula el inciso final⁵ del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000.

⁵ Artículo 216, Ley 262 de 2020 “... 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”.

Que, dentro del término legalmente establecido para tal efecto, mediante escrito del 9 de abril de 2019, bajo radicado SIGDEA E-2019-208452, la participante presentó recurso de reposición contra el Decreto 855 del 21 de marzo de 2019, respecto a su retiro de la lista de elegibles, pidiendo su permanencia en ésta, solicitud que se encuentra en términos para su resolución.

En su respuesta la PGN, indica el proceso de revocatoria que creó bajo el denominado Grupo de Trabajo para el agotamiento de las listas de elegibles del concurso de méritos de las convocatorias 015 a 128 de 2015, donde se estudia cada caso en particular, sin temor a equivocarse de las decisiones que se emitan.

Seguidamente expone (sic): **“OPOSICIÓN FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA ACCIONANTE:** *La actuación administrativa materializada con la expedición de los citados actos administrativos (revocatoria y reposición en trámite), dan fe de las garantías otorgadas a la accionante, ya que a todas luces se le permitió controvertir las decisiones en sede administrativa con la presentación de los recursos legales, teniendo pendiente la Procuraduría General de la Nación el trámite de la resolución de su recurso de reposición, por lo tanto, no se entiende el concepto de vulneración por ella solicitado al juez constitucional en sede de tutela, bajo el entendido que es una controversia que primero se debe tratar de dirimir ante la autoridad administrativa que expidió los actos y de no ser posible una solución, al participante lo único que le queda es acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, juez natural de este tipo de controversias.*

Es claro que la Entidad nombró a la accionante, consolidando así su derecho por conformar la lista de elegibles, y éste se dio en una de las plazas que se encontraba disponible para ello, y que de acuerdo al orden de MÉRITO por ella logrado (puesto 215 de 265 aspirantes), le correspondió la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Viterbo, sede por ella referida en su registro de inscripción como de preferencia. Donde la accionante no aceptó la designación efectuada, por lo tanto, debía la Entidad cumplir el mandato legal contemplado en el inciso final del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, bajo el entendido que no acreditó con suficiencia las

razones ajenas a su voluntad para aceptar el empleo ofrecido...

Aunado a lo anterior y de las pruebas aportadas en el presente informe, se desprende que la Entidad fue rigurosa en el trámite de revocatoria de la accionante, puesto que desplego las actividades necesarias para verificar las manifestaciones hechas por ésta, bajo el entendido de verificar las supuestas condiciones especiales expuestas en su no aceptación, las cuales nunca tuvieron una entidad contundente frente a su imposibilidad para aceptar el cargo «por razones ajenas a la voluntad», como se encuentra plasmado en el artículo 216 inciso final del Decreto Ley 262 de 2000».

A manera de conclusión la PGN, indica: “Es evidente que no le asiste razón a la accionante de pretender atacar la actividad desplegada por la Entidad respecto de su permanencia en la lista de elegibles en virtud del agotamiento de la convocatoria 051 de 2015, además desconoce arbitrariamente que la Procuraduría General de la Nación le garantizó su derecho a ser nombrada, derecho que no consolidó, pues simplemente no aceptó el nombramiento, que por estricto orden al mérito le correspondió y más aún si se tiene en cuenta que su nombramiento se dio en una de las sedes por ella seleccionadas como de preferencia (Santa Rosa de Viterbo), ya que ocupar el puesto 215 de un listado de elegibles de 265 integrantes, le otorga un derecho, pero éste es relativo, y no le es dable a ésta atacar la actuación administrativa desplegada por la Entidad en sede constitucional de tutela como lo pretende.

*Adicionalmente dentro del trámite de revocatoria y el estudio de su permanencia en la lista de elegibles, se le garantizó el Debido Proceso Administrativo en sus componentes sustanciales - **Representación-Contradicción-Defensa**-, lo que convierte esta acción constitucional en un verdadero desgaste frente al aparato judicial.*

Así las cosas, se puede inferir que la Procuraduría General de la Nación ha desplegado ingentes esfuerzos con el único propósito de agotar los listados de elegibles, y que ha sido la misma dinámica del concurso y en algunos casos el desinterés de los participantes, lo que ha llevado a que no se culmine exitosamente dicho proceso de selección. Las cifras son contundentes, ya que a la fecha de la información consolidada que reposa en la Entidad se pudo establecer que en la convocatoria 051 de 2015, donde se ofertaron 118 empleos, se han posesionado 145 participantes, disfrutando

derechos de carrera administrativa, lo que arroja un porcentaje del 122,88 por ciento de los cargos efectivamente ofertados.

Finalmente, indica que es claro que toda acción de tutela que se encamine a controvertir o cuestionar el contenido o los efectos de un acto administrativo de contenido general, como lo es en el presente caso la Resolución 332 de 2015 resulta improcedente.

*Adicional a ello, es preciso recordar que TODOS los actos relacionados con la convocatoria fueron de público conocimiento incluido la reglamentación de los criterios de puntuación y la manera de agotar las listas, **en estricto orden de méritos**, por tanto, la tutelante al momento de su inscripción aceptó las reglas del concurso, que ahora pretende desconocer, al que igual que pretende desconocer la sede de preferencia escogida, que en cumplimiento del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000 se le nombró en la segunda plaza de preferencia, obviando el desgaste para la administración pública y una actuación desleal con los demás concursantes que estando en lista optaron por Nariño y no se les nombró en dicha sede y aun así aceptaron otra plaza o aquellos que optaron por Santa Marta y no pudieron tener acceso a ello.*

Teniendo en cuenta lo anterior, no puede predicarse vulneración alguna por parte de la administración ya que las obligaciones contempladas se cumplieron de manera efectiva sin transgredir derechos ni de la accionante ni de los demás participantes, más aún cuando por parte de la Comisión de Carrera existe una respuesta en el sentido de que se estudió detenidamente su caso y se tomó una decisión motivada.

Para concluir lo dicho, es de recalcar que no existe acción u omisión concreta que implique o conlleve vulneración a un derecho fundamental de la accionante en consideración a que la Procuraduría General de la Nación no ha adelantado alguna actuación, o se ha abstenido de hacerlo, que conlleve la vulneración de algún derecho fundamental”.

Solicita rechazar por improcedente, el amparo constitucional invocado por la actora, y/o denegarlo por no existir vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno⁶.

⁶ Folios 176 a 209 del expediente

Así las cosas y una vez cumplidos los trámites correspondientes para esta clase de acción y encontrándose dentro del término legal para ello, procede esta Sala Colegiada a decidir de fondo.

4. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

4.1. Competencia para Decidir:

El Tribunal es competente para decidir en primera instancia la acción de tutela interpuesta por la ciudadana CLAUDIA LORENA TOMÉ MONCADA, por expresa autorización de los artículos 86 de la Constitución Política de Colombia, 37 del Decreto 2591 de 1991 y numeral 5 del artículo 1° del Decreto 1983 de 2017.

4.2. Problema Jurídico a Resolver:

En el presente caso, a esta Sala le corresponde determinar si la Procuraduría General de la Nación, vulnera los derechos fundamentales a la Igualdad, Debido Proceso Administrativo, Trabajo, Acceso a cargos públicos invocados por la señora CLAUDIA LORENA TOMÉ MONCADA, al proferir el Decreto 855 del 21 de marzo de 2019, el cual le revocó su nombramiento en Santa Rosa de Viterbo y se retiró de la lista de elegibles.

4.3. De la procedencia de la acción de tutela.

Ha de precisar esta Sala de decisión los alcances y potestades del trámite extraordinario de tutela, como mecanismo y/o herramienta constitucional prevalente para buscar la protección de los derechos fundamentales vulnerados; es así entonces, como al tenor de lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991 expresamente se señala “...La acción de tutela procede

contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2º de esta ley...". Por ello, quien vea amenazado o vulnerado un derecho constitucional fundamental, podrá acudir ante los jueces, en todo momento y lugar, con el fin de obtener la orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

Se deduce de lo anterior, que el trámite de tutela tiene como finalidad primordial la preservación de los derechos fundamentales de los asociados, como máxima expresión de los preceptos constitucionales y legales, sobre los que estructura la finalidad del Estado –**artículo 2 Constitución Nacional**-. Mecanismo excepcional, que encuentra su razón de ser en la propia condición humana, que reclama protección y amparo, cuando se ve afectado o amenazado, por acciones, omisiones o extralimitaciones de los órganos del Poder Público o de los particulares.

Como en múltiples ocasiones lo ha indicado la Corte Constitucional, la acción de tutela es una herramienta con la que se busca la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas ante la acción u omisión de las autoridades públicas o aún de los particulares, en los casos establecidos por la ley. Por su carácter excepcional, se exige que su ejercicio sea oportuno y que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial para procurar la salvaguarda de sus derechos, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

Acorde con lo indicado, la interposición de la tutela se torna viable únicamente en la medida que se demuestre así sea de manera sumaria la real vulneración o amenaza de los derechos de orden superior, evento en el cual surge para el juez constitucional la obligación de adoptar las medidas que se consideren necesarias y urgentes para el pronto y cabal restablecimiento, de lo contrario la petición de amparo deviene improcedente, motivo por el cual la solicitud debe contener un mínimo de demostración en cuanto a la vulneración que afecta los derechos que se quieren proteger, pues si no son objeto de ataque o amenaza carece de sentido hablar de la necesidad de amparo.

4.3. Solución de Caso.

Los concursos de méritos son el mecanismo idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, evalúe las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos a quien mejor pueda desempeñarlo⁷. El concurso, por su propia naturaleza de competitividad, se aparta de todo tipo de influencias por asegurar imparcialidad e igualdad.

Lo anterior significa que tales medios de selección deben seguir un orden y un procedimiento de conformidad con las disposiciones que se establecen en las respectivas convocatorias. Todo ello con el fin de preservar los principios de publicidad y transparencia de las actuaciones de la administración, de conferir vigencia al principio de buena fe y confianza legítima y de garantizar la igualdad y el acceso a los cargos públicos de las

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-402/12 M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

personas que participen y superen las respectivas pruebas.

De manera que cualquier desconocimiento a las reglas preestablecidas en las respectivas convocatorias constituye una violación, tanto de los principios arriba señalados, como al derecho fundamental al debido proceso.

En el caso bajo estudio se tiene que la demandante participó en la convocatoria No. 051 de 2015 para la provisión de 118 cargos de Profesional Universitario grado 17, código 3PU al interior de la Procuraduría General de la Nación. Surtidas cada una de las etapas, se produjo la Resolución 195 del 17 de mayo de 2017 que conformó el registro de elegibles, dentro del cual quedó ubicada en el puesto 215.

Según la tutelante, y teniendo en cuenta que su nombramiento se realizó en Santa Rosa de Viterbo, mediante escrito de fecha 15 de junio de 2018, envió escrito de no aceptación, solicitando la no exclusión de la lista, pues su no aceptación obedecía a razones ajenas a su voluntad, acorde con lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 216 del Decreto 262 de 2000; mediante Decreto 855 del 21 de marzo de 2019, se revocó su nombramiento en Santa Rosa de Viterbo y se retiró de la lista de elegibles.⁸

Lo anterior no deja entrever cosa distinta a la inconformidad de la accionante acerca de los parámetros fijados en la convocatoria 051 de 2015 y la expedición del Decreto No. 855 del 21 de marzo de 2019, más exactamente sobre la decisión de revocar su nombramiento y de retirarla de la lista de elegibles, circunstancia que de entrada torna improcedente la petición de amparo, pues sin duda la legalidad de dicho acto administrativo

⁸ Folios 197 a 199 del expediente

lo debe analizar su juez natural, por consiguiente, ajeno a la órbita del juez constitucional.

Al respecto se tiene que de acuerdo con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que desarrolla el precepto constitucional contenido en el inciso 3° del artículo 86 Superior y en su numeral 4 consagra como causal de improcedencia de la acción de tutela, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el que no se avizora al interior del paginario.

Así lo precisó la Corte Constitucional (CC SU – 037 de 2009):

Desde el punto de vista de su contenido, los actos de la administración se clasifican en generales o individuales. Los actos generales, también llamados actos creadores de situaciones jurídicas generales, objetivas o reglamentarias, son aquellos que tienen un alcance indefinido e impersonal, es decir, que se refieren o dirigen a personas indeterminadas. Por el contrario, los actos de carácter individual o particular, conocidos como actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas o concretas, son los que tienen un alcance definido, en el sentido de que están dirigidos a personas o sujetos identificados o determinados individualmente.

De manera especial, la demanda de nulidad resulta procedente para los fines perseguidos por la quejosa, donde es viable solicitar la suspensión de los efectos de la decisión cuestionada y la adopción de medidas cautelares⁹.

Pero es que además, tal como lo sostuvo la entidad accionada, cuando se efectúa la inscripción para participar en el concurso con miras a ocupar un determinado cargo, es claro que el

⁹ Criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal – Sala de Decisión de Tutelas entre otras decisiones en las CSJ STP2940-2018; STP15721-2017 y STP169-2016.

aspirante tiene pleno conocimiento de las reglas previstas en las normas que rigen el concurso, lo cual es indicativo que las acepta y se obliga a acatarlas, en consecuencia, si dentro de la convocatoria 051 se ofertaron un total de 118 cargos de profesional universitario, código 3PU, grado 17, con sus respectivas sedes, y con esa condición la demandante se inscribió al concurso, significa que estaba conforme con lo allí dispuesto.

Ahora, si existe obligación para el aspirante de acatar las reglas dispuestas para el desarrollo del concurso, también se le exige a la entidad dar cumplimiento a lo allí dispuesto, y de esto se observa que la entidad demandada efectivamente acató la normatividad, por cuanto una vez cumplidas todas las fases del concurso, se emitió la correspondiente lista de elegibles y con base en ella se procedió a efectuar los nombramientos de las personas ubicadas dentro del rango de los cargos ofertados, designaciones que por cierto hasta el momento no han culminado.¹⁰

De otra parte, se tiene que si la demandante considera que se ha incumplido lo previsto en el artículo 216 del Decreto 262 de 2000, contrario a su parecer, puede promover la acción de nulidad, circunstancia que aunado a lo anterior, impide la intervención del juez de tutela, máxime cuando incluso puede acudir al incidente de desacato para demandar el incumplimiento de la orden constitucional que dispuso que la Procuraduría General de la Nación debía convocar a concurso de méritos para proveer en forma absoluta el total de los cargos que se encontraban vacantes y en provisionalidad.¹¹

¹⁰ Folios 134 a 136 del expediente

¹¹ La Corte Constitucional en la sentencia T-147/2013 dispuso: «[...] **Cuarto.- ORDENAR A la Procuraduría General de la Nación que, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la notificación de este fallo, inicie los trámites para convocar el concurso o concursos públicos**

Frente al derecho a la igualdad cabe señalar que no está demostrado que a otras personas en las mismas condiciones de la accionante se les hubiese brindado un trato diferente por parte de las entidades demandadas.

Finalmente, frente a la improcedencia, es relevante resaltar que la accionante cuenta con otros instrumentos para solicitar ante la entidad accionada revoque el Decreto 855 del 21 de marzo de 2019, pues, lo que se pretende, es que, a través de este mecanismo de acción de tutela, el Juez Constitucional, invada esferas de competencia que han sido asignadas en virtud de la Ley a su Juez Natural.

Cuando se presenta esta particular situación, la Honorable Corte Constitucional en plurales pronunciamientos, ha insistido en que la acción de tutela no está concebida como un mecanismo alternativo para dirimir los conflictos de los ciudadanos con la administración pública o los particulares; advirtiéndose, que únicamente se hace procedente cuando:

- *“Se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo,*

*necesarios para proveer **todos** los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad y frente a las cuales no se ha convocado concurso de méritos.*

En todo caso, en un término máximo de dos (2) años contados a partir de la notificación de esta sentencia, la Procuraduría General de la Nación deberá haber culminado dichos concursos y provisto los respectivos cargos.».

se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última...-".¹²

La asignación de competencias celosamente distribuida en las diferentes jurisdicciones, no se encuentra estatuida por capricho o arbitrio del legislador, sino que obedece precisamente al cumplimiento del principio universal del Juez Natural, como máximo estandarte de la Legalidad que debe revestir todas las actuaciones judiciales; pues razonar de manera contraria, esto es, pretender que el Juez Constitucional tenga una patente de corso para inmiscuirse en todas las acciones judiciales o administrativas, desquiciaría la estructura jurídica Patria, permitiendo que los indistintos extremos en contienda, esquiven los procedimientos previamente establecidos y busquen en el sumario trámite de tutela, la solución a sus diferencias contractuales y/o extracontractuales entre personas naturales o jurídicas, o entre estos y el propio Estado.

Así, la Sala advierte que la determinación sobre la procedencia de las pretensiones aquí planteadas, son asuntos que en manera alguna son de competencia del juez de tutela, a quien no le es dado arrogarse funciones que competen a otras autoridades, sino que estos pronunciamientos se logran mediante las acciones o recursos conducentes, donde sea el juez competente el que indique si le asiste o no la razón a la parte peticionaria, y en este orden de ideas mal podría predicarse vulneración de derecho fundamental alguno.

¹² Corte Constitucional. Sentencia 672/12 Magistrado Sustanciador. Mauricio González Cuervo

Lo anterior, máxime cuando la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir los actos en virtud de los cuales la accionada Procuraduría General de la Nación en virtud del Decreto 855 del 21 de marzo de 2019, decide revocar el nombramiento de la accionante y retirarla de la lista de elegibles, pues es claro que le asiste a la actora la obligación de controvertir los actos administrativos que considera lesivos a sus intereses, y para ello existen los mecanismos por vía ordinaria, con medidas idóneas para precaver un presunto perjuicio, razón por la cual para esta Sala los planteamientos de la tutelante no pueden ser controvertidos a través de este mecanismo constitucional.

Así las cosas, se decretará la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por la ciudadana CLAUDIA LORENA TOMÉ MONCADA, en contra de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Sala de Decisión Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

5. RESUELVA

PRIMERO: NEGAR por improcedente la acción de tutela interpuesta por la accionante CLAUDIA LORENA TOMÉ MONCADA, en contra de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN; conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

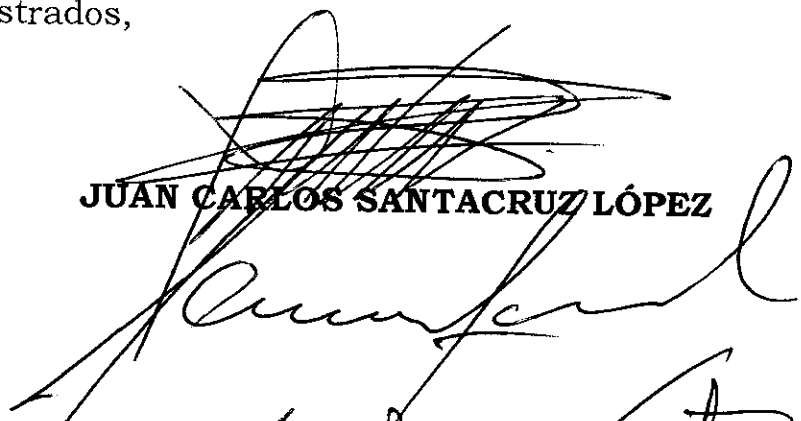
SEGUNDO: Expídase por la Secretaría de la Sala Penal de esta Corporación copias del escrito de contestación y sus anexos efectuados por la entidad accionada a la accionante.

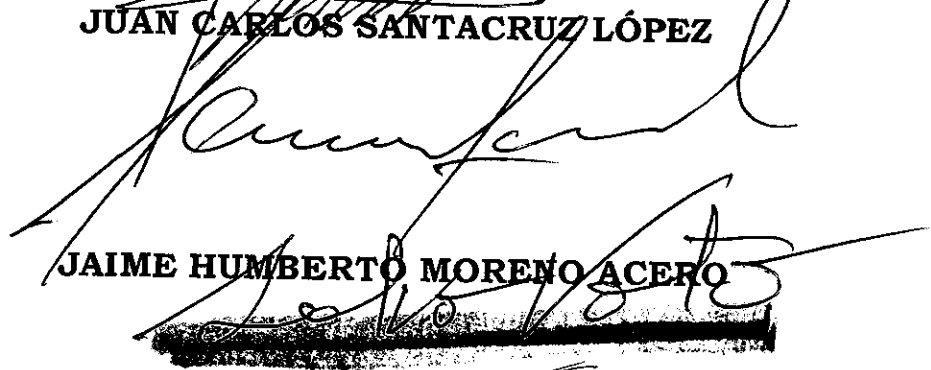
TERCERO: Librense las correspondientes comunicaciones por la Secretaria de la Sala Penal de esta Corporación.

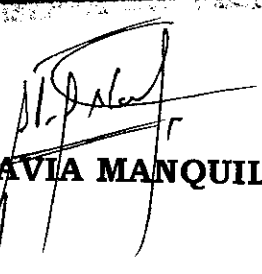
CUARTO: En caso de no ser recurrida la decisión, envíese el expediente a La Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

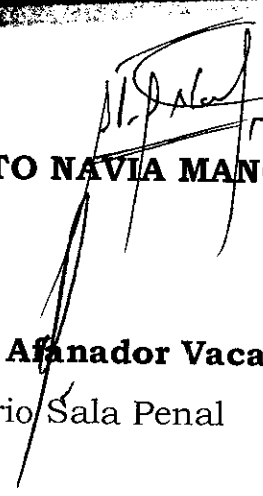
CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,


JUAN CARLOS SANTACRUZ LÓPEZ


JAIME HUMBERTO MORENO ACERO


ÁLVARO AUGUSTO NAVIA MANQUILLO


Fernando Afanador Vaca
Secretario Sala Penal

Edo. 15-05-2019

Rad: 76-111-22-04-003-2019-00202-00

Accionante: Claudia Lorena Tomé Moncada

Accionado: Procuraduría General de la Nación

Derechos Fundamentales deprecados: Igualdad, Debido Proceso, Trabajo, Acceso a Cargos Públicos, Confianza Legítima y Unidad Familiar.

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA PENAL

SALVAMENTO DE VOTO

Radicado: 76-111-22-04-003-2019-00202-00
Accionante: Claudia Lorena Tomé Moncada
Accionado: Procuraduría General de la Nación
Derechos Fundamentales: Igualdad, Debido Proceso, trabajo, Acceso a Cargos Públicos, Confianza Legítima y Unidad Familiar

**H. Magistrados Doctores JUAN CARLOS SANTACRUZ LÓPEZ (ponente) y
ALVARO AUGUSTO NAVIA MANQUILLO**

De manera respetuosa me permito manifestarles que en mi criterio, en el asunto de la referencia, el Tribunal debió amparar los derechos fundamentales de la accionante, señora Claudia Lorena Tomé Moncada, esencialmente porque de la documental obrante en la actuación encuentro demostrado que la entidad accionada, en manifiesta vía de hecho, mediante resolución #855 del 21 de marzo de 2019 retiró de la lista de elegibles, conformada mediante la resolución #195 del 17 de mayo de 2017, a la participante Claudia Lorena Tomé Moncada no obstante haber justificado ante la Procuraduría las razones por las cuales le imposibilitaban tomar posesión en el cargo de profesional universitario 3PU Grado 17 en la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Viterbo.

En efecto, oportunamente la accionante le hizo saber al señor Procurador General de la Nación la imposibilidad que tenía de aceptar el nombramiento en la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Viterbo, las cuales giran en torno a su arraigo y unidad familiar asentado en el Municipio de Cartago, Valle del Cauca, que razonablemente y con una sencilla mirada a la geografía nacional determina que con ese nombramiento la aquí accionante se veía compelida a desarraigarse de su sitio de residencia familiar. Igualmente, de hacerse vinculante la obligación de aceptar dicho nombramiento en Santa Rosa de Viterbo, la aquí accionante debería dejar de lado sus estudios de Maestría en la Universidad Libre –Seccional de Pereira-, sede a la que logró traslado de la Seccional de Cali para proseguir esos estudios de postgrado, luego de

ingentes esfuerzos ante la Universidad Libre, conforme se acredita en la documental de este caso. Esta es una razón atendible, razonable y en perspectiva sencillamente humana y acorde con el contexto de la realidad Colombiana y de las particulares condiciones económicas disminuidas manifestadas por la accionante, hacen entender de manera sencilla pero a la luz de los baremos tuitivos de la constitución Política que nombrar y compeler a la accionante que debía aceptar el cargo en Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, constituía un acto desbordado por parte de la autoridad, más aun cuando por ese entonces y durante el trámite de ese nombramiento oportunamente cuestionado por la aquí accionante, aparecieron vacantes en la ciudad de Cartago y en Buga, en los que podrían perfectamente haberse designado a la aquí accionante con preservación y garantía de sus derechos fundamentales¹.

Igualmente, las razones de salud de su señor padre con 75 años de edad y con padecimiento de cáncer linfático, se erige palmariamente en una causa razonable para entender que a la aquí accionante, señora Tomé Moncada, le resultaba imposible aceptar el nombramiento en Santa Rosa de Viterbo, pues en su familia, según se aprecia en la actuación, funge como eje protagónico para atender a su progenitor gravemente maltrecho en su salud, al igual que su señora madre de 70 años de edad, lo cual debió ser considerado por la Sala Mayoritaria para entender de manera sencilla que esas explicaciones brindadas por la aquí accionante para no haber aceptado el nombramiento de profesional universitario Grado 17 en la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Viterbo, resultaban admisibles.

En mi sentir, esas razones expuestas por la aquí accionante al Procurador General objetivamente percibidas y valoradas en contexto y con referencia a casos similares, eran suficientes para admitir la no aceptación de ese nombramiento y mantener a la Dra. Tomé Moncada en su derecho de permanecer en la lista de elegibles conformado mediante la resolución #195 del 17 de mayo de 2017.

¹ Efectivamente en el formulario de inscripción, la aquí accionante optó como sede principal Pereira; sede alterna No 1 Manizales; sede alterna No 2 Santa Rosa de Viterbo, con lo cual se reafirma que durante todo el proceso en que la accionante pidió su nombramiento siempre referenció como sedes de su preferencia, en orden prioritario, ciudades del Eje Cafetero. Pereira y Manizales, y solo como opción lejana Santa Rosa de Viterbo. Estas referencias que muestran prioritariamente la preferencia de la aquí accionante por sedes del eje cafetero o de entorno cercano al mismo, las plasmó en sus reiteradas peticiones a la Procuraduría, en las cuales solicitó que al haberse ofertado las vacantes en Cartago y en Buga, entonces se considerara fuera nombrada en una de dichas sedes, con lo cual demandaba un acto administrativo de nombramiento acorde con su situación personal y familiar, siendo que de producirse como legítimamente tiene derecho por razón de los méritos del concurso a ser nombrada en la sede de sus preferencias jerarquizadas como primeras, esto es, ciudades del Eje Cafetero o de su entorno cercano como Cartago e incluso Buga; pero en oposición a esa legítima pretensión en respuesta recibió un acto administrativo inicial de nombramiento en Santa Rosa, que la obligaba al desarraigo y a la migración; y luego cuando siguió reclamando su derecho al acceso a cargos públicos en un área geográfica compatible con el respeto y garantía de sus derechos fundamentales a la Unidad familiar, Igualdad, Debido Proceso y Acceso a cargos Públicos, terminó siendo castigada con la revocatoria del nombramiento inicial y con la sanción de retirarla del registro de elegibles, cuyo vencimiento dramáticamente se aproxima el próximo 17 de mayo del corriente año. Esta dramática y real situación de la accionante, es la que imponía en lectura constitucional del caso puesto en consideración al Tribunal que el fallo fuera de amparo y protección de los derechos fundamentales de la accionante y no de denegación, del que disiento.

Con el proceder de la entidad accionada de prácticamente a rajatabla y mediante apreciaciones de lindes subjetivos, se incurrió en vulneración de los derechos deprecados por la accionante porque, además de afectar su dignidad humana dejando de lado o pasando por encima consideraciones tan sensibles como la grave enfermedad que padece su progenitor de 75 años de edad², y de denegarle el derecho al acceso a los cargos públicos (con la revocatoria del nombramiento en la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Viterbo y con el retiro de la lista de elegibles de la aquí accionante contenida en la resolución 195 de 17 de mayo de 2017), de frente y de lleno se afecta su Unidad Familiar, en el contexto de la grave alteración que presenta ese núcleo por razón del cáncer linfático que padece el señor padre de la accionante.

Conforme al inciso final del artículo 216 del decreto ley 262 de 2000, la persona no será retirada de la lista de elegibles cuando no hayan aceptado el nombramiento o no se hayan posesionado por razones ajenas a su voluntad, y en este asunto encuentro como lo vengo mencionando que las razones esgrimidas por la aquí accionante para no haber aceptado el cargo de profesional universitario en la Provincial de Santa Rosa de Viterbo tiene en esencia la connotación de razones ajenas a su voluntad, siendo que las trabas que finalmente debió superar para que la Universidad Libre aceptara que prosiguiera su maestría en la ciudad de Pereira, situada en el entorno del arraigo de la accionante, no dependían de la doctora Tomé Moncada, sino precisamente de la entidad Universidad Libre; de igual manera, no resultaban controlables por sus actos y voluntad de la señora Tomé Moncada, que en el trámite de su petición de nombramiento, siguiente nombramiento y posterior declinación del mismo, el estado de salud de su progenitor de 75 años se fuera minando hasta desembocar en un cáncer linfático, pues estos designios son de la vida y la naturaleza, mas no de la débil y frágil voluntad humana.

En esas condiciones, encuentro conforme a la documental de la actuación que la doctora Claudia Lorena Tomé Moncada, aquí accionante, oportunamente expuso a la entidad accionada las razones por las que no podía aceptar el nombramiento en Santa Rosa de Viterbo, razones que a su turno, por ser ajenas a su voluntad, le impedían al funcionario accionado retirarla de la lista de elegibles, conformada mediante la resolución #195 del 17 de mayo de 2017, y en tales condiciones la sentencia de tutela a cargo de este Tribunal debió ser de amparo de los derechos fundamentales de la accionante Tomé Moncada y no de denegación como lo plasma la sentencia de la que disiento, por cuanto las

² Cáncer linfático que la actora oportunamente informó al ente accionado, con fecha 05 de marzo de 2019, esto es, antes de proferir el decreto No 855 del 21 de marzo de 2019, en que, reitero, se plasma la vía de hecho vulnerante de los derechos fundamentales de la accionante.

causales invocadas por la accionante para no poder aceptar el nombramiento en Santa Rosa de Viterbo objetivamente se erigen en razones ajenas a su voluntad.

Para ahondar en razones por las cuales la actuación de la Procuraduría General de la Nación respecto de la aquí accionante, Dra. Tomé Moncada, constituyen vías de hecho que vulneran sus derechos fundamentales invocados en la demanda de tutela, vale considerar las siguientes:

1. Los elegibles Lorena Mejía, Juan Mesa, Leri Amada Revelo, Juan Pablo Mafla, Fabián Augusto Ramírez y Elba Rosero, integrantes de la convocatoria 051, esto es, la misma en la que figura la aquí accionante, fueron nombrados en las diversas fases en que la Procuraduría ha provisto esos cargos de profesional universitario 3PU Grado 17, y siendo que no aceptaron los nombramientos, no fueron retirados de la lista de elegibles, y aún más, fueron nombrados en posterior ocasión; con lo cual se resalta vulneración del derecho fundamental a la igualdad reclamada por la accionante, amén que para no aceptar los nombramientos iniciales dieron razones de Unidad Familiar y situaciones personales que fueron aceptados por la Procuraduría, según afirma la accionante, situación que en mi perspectiva corresponde a la realidad, siendo que el tratamiento diferente que se le está dando a la accionante se apoya en un concepto de la oficina jurídica del ente accionado del 28 de noviembre de 2017, cuya materialización, como ostensible vía de hecho, se plasma en el decreto No 855 del 21 de marzo de 2019, con el que el accionado plasma de lleno la vía de hecho al retirar de la lista de elegibles a la señora Claudia Lorena Tomé Moncada, quien para no aceptar el cargo en Santa Rosa de Viterbo para el que fue nombrada el 31 de mayo de 2018 (decreto 2619) adujo razones similares de Unidad Familiar y situaciones personales que, de Perogrullo y de cara al artículo 13 de la Constitución Política debieron haber tenido el mismo tratamiento que las personas antes referenciadas.

2. Igual situación se predica del aspirante Luis Carlos Gil Cadavid, quien mediante decreto 3272 del 15 junio de 2017, fue nombrado como profesional universitario código 3PU grado 17 de la Procuraduría Provincial de Bucaramanga, quien en escrito de 18 de diciembre de 2017 manifestó no aceptar el cargo y pidió no ser excluido de la lista de elegibles, ante lo cual la entidad aquí accionada expidió el decreto 1850 del 16 de abril de 2018 con el que revocó el decreto 3272 del 15 de junio de 2017, esto es, el nombramiento del señor Gil Cadavid en la Provincial de Bucaramanga, sin haberlo retirado de la lista de elegibles.

Frente a este caso de Gil Cadavid, que estuvo en igual situación a la de la aquí accionante, es por lo que afirmó que el Tribunal debió amparar el derecho de la accionante Tomé Moncada, porque corresponden a la

misma situación de hecho y de derecho. Para ahondar en la similitud de situaciones, basta ver el documento de autoría de Luis Carlos Gil Cadavid, visible a folio 164 de la actuación, donde en seis numerales sustenta su no exclusión de la lista de elegibles de la convocatoria No 051 de 2015, dirigido a la Procuraduría General de la Nación, afirmando que le es imposible, por razones ajenas a su voluntad, posesionarse en Bucaramanga en el cargo para el que fue nombrado por decreto 3272 de 15 de junio de 2017, que en esencia corresponden al arraigo que tiene con su esposa y su hija en Cartagena, y a que él también se desempeña como profesional universitario en la Contraloría General de la Republica, con sede en Cartagena, con lo que reafirma que su arraigo lo tiene con su familia en esa ciudad, que se vería perturbado si llegara a tomar posesión en el cargo en Bucaramanga, siendo por demás que su esposa tiene vinculación laboral, mediante contrato a término indefinido, en Cartagena.

3. Con lo anterior, simplemente para reafirmar que en la actuación militan situaciones fácticas y jurídicas de otras personas de la convocatoria 051 y de otras como de Procuradores Judiciales³ en los que los elegibles fueron nombrados y posteriormente aduciendo razones ajenas a su voluntad no aceptaron el nombramiento o no se posesionaron, las que fueron atendidas positivamente por la entidad aquí accionada, con lo que al contrastar con la situación similar de la accionante Tomé Moncada, luce abruptamente inexplicable y claramente vulnerante del derecho a la igualdad, y por contera del debido proceso e igualmente de los restantes derechos fundamentales invocados por la actora.

Con los anteriores razonamientos, cordialmente reitero a los Honorables Magistrados que conforme a lo demostrado dentro de la presente actuación, el Tribunal debió tutelar los derechos vulnerados a la accionante, siendo que las razones que adujo para no aceptar el nombramiento como profesional universitario 3PU, grado 17, en la Provincial de Santa Rosa de Viterbo, corresponde a razones ajenas a su voluntad siendo que fueron similares a las aducidas por otros elegibles, que sí fueron beneficiados al no ser retirados de la lista de elegibles; que obligaban a la accionada a cobijar con el mismo criterio y decisión de no exclusión de la lista de elegibles a la Dra. Claudia Lorena Tomé Moncada.

Como la Procuraduría obró de manera contraria a sus propios precedentes para situaciones idénticas o similares, es por lo que considero que incurrió en vía de hecho contra la aquí accionante, y ante tamaña realidad el Tribunal debió tutelar sus derechos fundamentales y para hacer efectiva tal protección debió ordenar al Procurador General de la Nación, aquí

³ Situación de Francisco Javier Girón

Rad: 76-111-22-04-003-2019-00202-00

Accionante: Claudia Lorena Tomé Moncada

Accionado: Procuraduría General de la Nación

Derechos Fundamentales deprecados: Igualdad, Debido Proceso, Trabajo, Acceso a Cargos Públicos, Confianza Legítima y Unidad Familiar.

accionado, no retirar de la lista de elegibles a la concursante Claudia Lorena Tomé Moncada.

De Ustedes, respetuosamente



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO
Magistrado

Fecha Ut Supra