

	REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL	Sentencia N° 035
	JUZGADO PENAL DE CIRCUITO ESPECIALIZADO DE MANIZALES	
	Rad: 17001-31-07-001-2019-00136-00	

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO
DE MANIZALES

Manizales, veintitrés (23) de abril de dos mil diecinueve (2019).

SENTENCIA:	N° 035
Radicación:	17-001-31-07-001-2019-00036-00
Accionantes:	JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO
Accionados:	PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION Y OTROS

EXTRACTO

- Concurso de méritos
- Debido proceso
- Derecho a la igualdad
- Derecho al trabajo.

Procede el **Juzgado Penal de Circuito Especializado de Manizales**, a proferir **SENTENCIA** en el proceso de la referencia.



1. ANTECEDENTES – COMPETENCIA Y PRESUPUESTOS PROCESALES.

La demanda fue recibida por competencia el 2 de abril de los corrientes (fls. 1-35), se admitió mediante auto de la misma fecha y se decretó medida provisional (fls. 36-37) y se notificó debidamente a las partes interesadas y vinculadas (fls. 38-66). Este Despacho tiene jurisdicción y competencia para dictar sentencia en este proceso.

Por lo anterior, se han cumplido los procedimientos judiciales y no se encuentran nulidades procesales o irregularidades sustanciales.

2. TESIS DE LAS PARTES – SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. TESIS DE LA PARTE DEMANDANTE

2.2 El señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, informa que participó en la Convocatoria 023 de 2015 de la Procuraduría General de la Nación, para Asesor Grado 19, ocupando el puesto 56 en la lista de elegibles, tal como consta en la Resolución 135 de 2017.

Establece que al ser nombrado en la ciudad de Tunja, no aceptó por arraigo familiar en ésta ciudad y, deficiencia coronaria que adquirió cuando laboraba en la Procuraduría en la ciudad de Medellín para el periodo 2014 a 2017, siendo hospitalizado en la Clínica Cardiovascular de Medellín.

Indica que a raíz de lo anterior, solicitó que se mantuviese en la lista de elegibles, empero fue retirado de la lista de elegibles, sin fundamento legal y

constitucional (art. 216 Decreto 262 de 2000) desconociendo su enfermedad “BRADICARDIAL SINUAL y DISAUTONOMIA NEUROCARDIOGENICA” y, su derecho constitucional de ser nombrado al cargo por ser de carrera (fl.3), pese a que la Procuraduría General de la Nación fue conocedora de su estado de salud, pues fue incluido en el programa de la ARL en la Coordinación de Antioquia.

Resalta que a la fecha la accionada no ha otorgado respuesta sobre su situación, estando ad portas de vencerse la lista de elegibles (25 de abril de 2019). Además, que han existido nombramientos de personas que no aceptaron nombramientos y que sin justificar su no aceptación no fueron excluidas de la lista de elegibles.

Manifiesta que existen 118 cargos a proveer en el grado de Asesor 19, los cuales deben ser ocupados en cargos de carrera, en razón a la meritocracia.

Por lo anterior, solicita **(i)** que le sean protegidos sus derechos fundamentales a la igualdad, al acceso a los cargos de carrera, ya que a la fecha fue retirado de la lista de elegibles. **(ii)** Ser asignado en un cargo de Asesor Grado 19 en la ciudad de Manizales, Pereira, Armenia o Medellín o grado 17- 18 en ésta Municipalidad **(iii)** Que sea suspendida la Lista de elegibles en su caso.

2.1.1. PREMISA DE HECHO.

El accionante indica que participó en la Convocatoria 023 de 2015 de la Procuraduría General de la Nación, ocupando el puesto 56 de la lista de elegibles, tal como consta en la Resolución 135 de 2017 de la Procuraduría General de la Nación.

Informa que fue nombrado en la ciudad de Tunja, empero manifestó su no aceptación al cargo por problemas en su salud y arraigo familiar, situación que generó que fuera excluido de la lista de elegibles, a pesar de haber justificado su condición.

2.1.2 PREMISA DE DERECHO

El accionante estima vulnerados los derechos al trabajo, la igualdad y debido proceso.

2.1.3. ANTÍTESIS DEMANDADOS Y VINCULADOS:

- El Procurador Provincial de Manizales (Caldas), establece que en razón a la competencia para otorgar respuesta a la presente acción de tutela, se remitió la misma a la Procuraduría General de la Nación, área jurídica (fl. 67).

- El Procurador Provincial de Pereira, establece que los hechos de la acción de tutela corresponden al sector central esto es a la Oficina de Selección y Carrera de la Procuraduría General de la Nación (fl.69).

Además informa que no posee poder para representar a la Procuraduría General de la Nación.

-La Procuraduría Provincial de Valle de Aburra, establece que no efectuará pronunciamiento alguno a la presente decisión constitucional (fl.70).

- la Procuraduría Regional de Risaralda, informa sobre la solicitud de representación de esta entidad (fl.71).

- El señor Abogado de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación, explica el procedimiento del Concurso de Méritos de esa entidad (fls73-74).

Frente al caso en concreto, indica que mediante la conformación de lista de elegibles Resolución N° 135 del 25 de abril de 2017, nombró al accionante al cargo de Asesor Grado 19 en la Procuraduría Provincial de Tunja conforme al Decreto 2513 del 28 de mayo de 2018 (fl.74).

Explica que efectivamente el señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, mediante escrito del 12 de junio de 2018, no acepta la designación antes relacionada, solicitando permanecer en lista de elegibles y, sea nombrado en el cargo de Asesor Grado 19 en Medellín y/o Antioquia, Pereira y/o Risaralda, Caldas y/o Manizales (fl.75).

Establece que en razón a lo anterior, el 16 de noviembre de 2018, se solicitó a la Coordinación del Grupo de Gestión de la Seguridad y Salud del Trabajo, información de las condiciones del accionante. Siendo resuelta el 19 de noviembre de 2018, en el que se estableció que no existe antecedentes en salud, enfermedad laboral ni accidente de trabajo del señor **GONZALEZ JARAMILLO** (fl.75).

Manifiesta que mediante Decreto 015 del 10 de enero de los corrientes, comunicado al accionante el 16 del mismo mes de 2019, revocó el nombramiento del señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, siendo retirado de la lista de elegibles.

Es así que el accionante el 31 de enero de 2019, interpuso recurso de reposición a la anterior decisión, incorporando copia de la **“historia clínica emitida por el Centro Cardiovascular Colombiano Clínica Santa María del periodo de ingreso 26 de julio de 2014 a 1 de agosto de 2014... Copia de la historia clínica emitida por la Clínica de Oftalmología Santa Lucía del 25 de septiembre de 2014 que consta de siete (7) folios, y copia de la historia clínica emitida por la Clínica el Rosario de fecha del 10 de octubre de 2014”** (fl.75v).

Es así que la entidad requirió a la Procuraduría Regional de Antioquía, con el fin de que remitiera las solicitudes de cambio de sede y antecedentes de salud, historia clínica del accionante (fl. 75v).

Resalta que la entidad requerida, mediante correo del pasado 14 de marzo remitió formato de ausentismo por incapacidad y certificado de incapacidad por 13 días (fl. 75v).

Razón por la cual, se resolvió el recurso de reposición presentado, que se encuentra en trámite de firmas y notificación. Y que entonces no existe vulneración de derechos fundamentales del accionante (fl. 76).

Indica que los hechos de la acción de tutela no corresponden a un trámite constitucional, sino a un medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, ya que no fue acatado por el accionante el nombramiento efectuado por la Procuraduría General de la Nación (fl.77).

Manifiesta además que no existe acreditación del perjuicio irremediable causado.

Concluye que el accionante pretende que sea nombrado en una ciudad a su elección, desconociendo que ocupó el puesto 56 de 69 de la lista, razón por la cual existen 55 personas con mejor derecho a escoger.

Solicita que se niegue el presente trámite constitucional.

- La Representante Legal de ARL POSITIVA manifiesta que el accionante no registra reporte de accidente o enfermedad laboral en esa compañía (fl.120).

Insta su desvinculación por no haber vulnerado derechos fundamentales del accionante.

3. CONSIDERACIONES

3.1. PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA SENTENCIA DE FONDO

Las partes tienen legitimación e interés para obrar, se han cumplido los trámites legales formales, la vía procesal es la correcta, existe ausencia de cosa juzgada, transacción, conciliación, caducidad, desistimiento, litigio

pendiente y la decisión no está sometida a plazo o condición, por lo que es procedente dictar sentencia.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL

Corresponde determinar, si la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, vulnera los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo al haber excluido de la lista de elegibles el señor JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO, en aplicación al artículo 216 del Decreto 262 de 2000, por no haberse considerado que la no aceptación al cargo de Asesor Código 1AS, Grado 19 en la Procuraduría Provincial Tunja, fueron situaciones ajenas a su voluntad.

4. NORMA JUDICIAL DEL CASO – RATIO DECIDENDI.

4.1. PREMISA DE HECHO.

Se tiene como material probatorio, copias de: Resolución 135 del 25 de abril de 2017 “Por medio del cual se publica una lista de elegibles de la Procuraduría General de la Nación” (fls.5-7); Decreto 015 del 10 de enero de 2019 “Por medio del cual se revoca un decreto de nombramiento y se resuelve la permanencia de un integrante de una lista de elegibles” (fls. 8-10); Decreto N° 4707 de 2017 “Por medio del cual se revoca un nombramiento en periodo de prueba” (fl.11); Decreto N° 1850 DEL 16 DE ABRIL DE 2018 “Por medio del cual se revoca un nombramiento en periodo de prueba” (fl. 12); Decreto 6490 del 18 de diciembre de 2017 “Por medio del cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se termina una provisionalidad” (fl.13); Decreto 4706 del 01 de septiembre de 2017 “Por medio del cual se revoca un nombramiento en periodo de prueba (fl.14); sentencia de tutela del 1 de febrero de 2018 RAD 2018-00128 Juzgado Octavo Administrativo del

Círculo de Manizales (fls- 15-21); Historia clínica del 26 de julio de 2014 Clínica Cardio VID JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO (fls. 22-30v); Clínica de Oftalmología Santa Lucía (fls.31-33); Historia informe Neurooftalmológico 25 de septiembre de 2014 (fls. 33v-34); Poder para actuar Procuraduría General de la Nación (fl.79); Acta de posesión N° 0255 del 02 de abril de 2019 (fl.80); Resolución N° 274 de 2001 (fls. 80v-81); Decreto 2513 del 28 de mayo de 2018 “ Por medio del cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se termina una provisionalidad o encargo” (fls 81v-82); comunicación de nombramiento en aplicación a una lista de elegibles (fls 82v-83); notificación nombramiento correo del 31 de mayo de 2018 (fl. 83v); correo de no aceptación al cargo por parte del señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO** (fl.84); escrito del 12 de junio de 2018 no aceptación nombramiento tratamiento médico y solicitud de permanencia en la lista de elegibles señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO** (fls. 84v-85); comunicado del 16 de enero de 2019 (fls.90-91); recurso de reposición auto que retira al señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO** de la lista de elegibles (fls. 92-93); solicitud de información antecedentes peticiones de ex funcionario **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO** Procuraduría Regional de Antioquia (fl. 93v); Respuesta Procuraduría Regional de Antioquia (fl.94); Procuraduría General de la Nación Registro de Ausentismo por permiso o incapacidad del señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO** (fl. 94v); certificado CLINICA CARDIO VIP (fls. 95-96); Correo al Grupo de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (fl. 97); respuesta Grupo de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (fl. 97v); Historia Clínica del Rosario Corazón Instituto Especializado (fls. 116v-118).

4-2- PREMISA DE DERECHO.

4-2-1- PROCEDENCIA Y SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

El artículo 86 Constitucional, establece la acción de tutela como mecanismo para que toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o particulares, en los casos establecidos por la ley. Esta acción tutelar fue reglamentada por el decreto 2591 de 1991, 1382 de 2000 y el 1834 de 2015.

También, según esas normas, informa la Jurisprudencia Constitucional, la residualidad y la subsidiariedad, como características que inciden en su procedibilidad. Estas características dan lugar a que esta acción sólo proceda cuando el interesado no cuenta con otro medio de defensa judicial, tal como lo establece el artículo 51 del Decreto 2591 de 1991. Sin embargo, la Corte Constitucional en desarrollo de las funciones que le atribuyó la misma Carta Superior en su artículo 241, ha establecido en su jurisprudencia que la tutela procede aunque existan otros mecanismos de defensa judicial, siempre y cuando se acredite que los mismos no son suficientemente idóneos para asegurar el amparo de derechos o, cuando son insuficientes para evitar un perjuicio irremediable. Postura que consta en el siguiente aparte de la Sentencia SU691 de 2017 de la referida Corporación:

“...Así, por regla general, (i) cuando el ciudadano cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos para resolver las cuestiones planteadas y no se configura un perjuicio irremediable, la acción de tutela es improcedente; (ii) cuando el accionante no cuenta con otros mecanismos

judiciales idóneos y eficaces, las órdenes del juez de tutela son definitivas; y (iii) excepcionalmente, cuando el afectado dispone de otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces pero la actuación del juez sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el juez de tutela podrá dar órdenes transitorias que brinden protección al derecho fundamental hasta tanto el juez ordinario o la autoridad competente se pronuncie sobre las pretensiones. Lo anterior, sin perjuicio de que, en el análisis de casos concretos, el juez constitucional establezca las subreglas pertinentes acorde con la jurisprudencia constitucional¹”.

Así las cosas, para que la tutela proceda de manera excepcional es pertinente que el actor no cuente con la posibilidad de acudir a otro mecanismo de defensa judicial y, en la medida de que la solicitud de protección sea de carácter transitorio, debe probarse la necesidad imperiosa e indiscutible de la intervención del juez constitucional para impedir la configuración de un perjuicio irremediable, mientras el juez ordinario o administrativo decide de fondo el proceso judicial, tal como lo indica el artículo 08 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos: “ **Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado. En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. Si no la instaura, cesarán los efectos de éste. Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás**

¹ Sentencia SU 691 de 2017. MP: Alejandro Linares Cantillo. Referencia: Expedientes T-5.761.808, T5.846.142, T-5.858.331 y T-5.959.475 acumulados.

procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso”.

4.2.1.1 Y es que, frente al perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha aclarado que: ‘...Al respecto, ha dicho este tribunal que el perjuicio irremediable se caracteriza por (i) la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza, de un mal irreparable que está pronto a suceder; (ii) la gravedad, que implica que el daño o menoscabo material o moral del haber jurídico de la persona que pueda ocurrir sea de gran intensidad, (iii) la urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza, y (iv) la impostergabilidad de la tutela, que exige la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario de protección de derechos fundamentales... 22. Al respecto, la Corte ha señalado igualmente que para la comprobación de la inminencia de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela, se deben observar criterios como (i) la edad de la persona, por ser sujeto de especial protección en el caso de las personas de la tercera edad; (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario del amparo o de las personas obligadas a acudir a su auxilio. En estos eventos, debe mencionarse que la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado.².

Es por ello, que la única excepción a esta regla general, consiste en que se demuestre la inminencia de un perjuicio irremediable, lo que haría procedente el estudio tutelar de manera transitoria o definitiva.

² Sentencia SU 691 de 2017. MP: Alejandro Linares Cantillo. Referencia: Expedientes T-5.761.808, T5.846.142, T-5.858.331 y T-5.959.475 acumulados.

4.2.1.2 Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela con ocasión a la expedición de actos administrativos, la Corte Constitucional ha establecido que:

“3.2...Ahora bien, en el ámbito del derecho administrativo, se tiene que la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos están previstas acciones pertinentes en la jurisdicción contenciosa administrativa, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Solamente en los casos en que exista un perjuicio irremediable, la tutela resulta procedente y habilita al juez constitucional para suspender la aplicación del acto administrativo[7] u ordenar que el mismo no se ejecute, mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

En este sentido, esta Corporación ha sido constante en afirmar que, tratándose de la provisión de cargos públicos, el único perjuicio que habilita la procedencia transitoria de la acción de tutela es aquel que cumple las siguientes condiciones: “(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales³.”

³ Sentencia T 244 de 2010. MP: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Referencia: expediente T-2442571

En similar pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral- resaltó la subsidiariedad de la acción de tutela y, su procedencia cuando se configura un perjuicio irremediable:

“...Establece la Carta Política en su artículo 86, que para proteger los derechos fundamentales de cualquier persona, cuando se vean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública y, en algunos eventos, de los particulares, se cuenta con la vía judicial preferente de la tutela, para cuyo ejercicio se exigen mínimos requisitos.

Sin embargo, dicha facultad no es absoluta, sino que, por el contrario, se reduce a cobijar ciertos y determinados derechos, que pueden estar definidos como fundamentales en la propia Constitución o que, encontrándose consagrados en otros acápites de ese estatuto, adquieren tal categoría por conexidad.

Conforme a lo establecido en la mentada norma, no puede acudirse a la tutela cuando se cuente con otros medios ordinarios de defensa, a no ser que con la actuación o la omisión del funcionario público o del particular se le cause al administrado un perjuicio irremediable, lo cual torna la acción de tutela en un mecanismo de protección excepcional. No es, entonces, una figura de la cual se pueda abusar, ni sustituir con ella las vías naturales diseñadas por el legislador⁴”.

Con base en lo anterior, es claro que la jurisprudencia ha resaltado el carácter subsidiario de la acción constitucional, para aquellos eventos en los cuales el accionante no cuente con otros mecanismos jurídicos y/o administrativos idóneos para proteger el derecho presuntamente conculcado, y solo en estos

⁴ Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral- Radicación 4 70127 STL 18607-2016 Acta N 47.
MP: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

se erigirá la tutela como el medio eficaz para el amparo de los derechos fundamentales. O, en caso de que exista un mecanismo idóneo en la jurisdicción ordinaria o en la contenciosa Administrativa, la acción de tutela será el mecanismo idóneo, pero de manera transitoria, para evitar un perjuicio irremediable.

4.2.1.3 Si bien, en principio, existe una herramienta judicial idónea para atacar los actos administrativos que dieron origen a la exclusión de la lista de elegibles del señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, se resalta que el Consejo de Estado, ha señalado en qué casos procede la acción de tutela frente actos administrativos, cuando se trata de concurso de méritos:

"La jurisprudencia constitucional ha determinado que existen casos excepcionales en los que no opera la regla general de improcedencia de la acción de tutela contra este tipo de actos administrativos. El primer supuesto, es cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor; y el segundo, cuando el accionante ejerce la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable. De ahí que, en ciertos casos, cuando la acción de tutela se interpone contra actos administrativos relacionados con concursos de méritos, el perjuicio irremediable que se pretendería evitar son las consecuencias negativas que se derivan de la pérdida de vigencia de la lista de elegibles, las cuales no se podrían impedir si exige al tutelante el previo agotamiento de los medios de control dispuestos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para reclamar la protección de su derecho, por la extensa duración de su trámite." Adicionalmente, en la aludida providencia se aclaró, que las controversias que sobre la protección de

derechos fundamentales se susciten dentro de un concurso de méritos, por el corto plazo del mismo exigen soluciones prontas, eficientes y eficaces, que en la mayoría de los casos únicamente se logran a través de la jurisdicción constitucional por vía de tutela⁵.

Así las cosas, es de advertir que la presente acción de tutela se torna procedente como mecanismo transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable, pues tal como se desarrollará en el presente trámite Constitucional cuando existen condiciones especiales que evidencien vulneración de garantías fundamentales entre ellas como en el caso en concreto, el debido proceso, es admisible la procedencia de amparo, más aún se trata de actos preparatorios⁶ en el que se observen lesiones a los derechos fundamentales, verificadas por actuaciones manifiestamente arbitrarias.

Debiendo recordarse que, en cuanto a la definición del carácter **definitivo** o **transitorio** del amparo, la Corte Constitucional ha advertido: ‘...La existencia de las otras vías judiciales debe ser analizada en cada caso concreto, en cuanto a su eficacia. Si no permiten resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrecen una solución integral para el derecho

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B Radicación Nº 25000-23-000-2016-05854-01 (AC) Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁶ “Según el inciso final del artículo 50 del C.C.A., “son actos definitivos que ponen fin a la actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla”. En tal virtud, según lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, los actos de trámite y preparatorios, como su nombre lo indica, dan impulso a la actuación preliminar de la administración, o disponen u organizan los elementos de juicio que se requieren para que ésta pueda adoptar, a través del acto principal o definitivo, la decisión sobre el fondo del asunto. Es obvio, como lo advierte el aparte final de la norma citada, que un acto de trámite puede tornarse definitivo, cuando de alguna manera, decida sobre la cuestión de fondo, o ponga fin a la actuación administrativa, de suerte que se haga imposible la continuación de ésta. Estos actos no producen efectos jurídicos para los administrados, ni crean, extinguen o modifican sus derechos subjetivos personales. Sentencia T- 945 de 2009. MP: Mauricio González Cuervo. Referencia: expedientes T-1711686 y acumulados.

comprometido, es procedente la acción de tutela como mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados...'⁷.

Por lo tanto, si bien, asiste razón a la entidad accionada, en cuanto al escenario natural jurisdiccional, con referencia a la acción de nulidad y restablecimiento, ante lo contencioso administrativo, como vía judicial de protección ordinaria. Ámbito en el cual de manera efectiva se puede analizar el conflicto en su integra extensión, según los derechos consagrados en la Carta Política, analizando la legalidad de la resolución que excluye al accionante de la lista de elegibles, bajo la luz de los principios constitucionales y legales, relacionados con la carrera administrativa, en general y la especial de la Procuraduría General de la Nación, en particular. Habrá de anotarse por este Despacho, que tal perspectiva solo influye en el carácter transitorio del amparo, pero no en su procedencia misma. Pues, una cosa, será que el accionante no pueda discutir efectivamente sus derechos ante el juez natural y, otra que no resulte apremiante el amparo constitucional, dentro del ámbito que es necesaria, imperioso y permitida la intervención del juez de tutela.

Y, es que, como se desarrollará en esta providencia, en el caso concreto, la violación de las garantías, la urgencia del amparo y su procedencia transitoria, deben analizarse en el contexto de la situación particular. Mediada por la vigencia de una lista de elegibles, próxima a expirar y, por lo tanto, llamada en un término apremiante a perder su eficacia temporal y su permanencia como instrumento de selección de los nominados al cargo público.

No pudiendo perderse de vista esa condición jurídica de la lista de elegibles, en términos de los artículos 194-4, 216 y 217 del Decreto 262 de 2000, que se

⁷ Sent. T-288, Julio 23/2018. Exp. T-6.449.276. M.P. Dr. Carlos Bernal Pulido.

constituye en acto condición de validez de los nombramientos en razón del mérito.

De tal modo, una inadecuada aplicación de tal acto jurídico, con efectos en la condición personal de uno de los concursantes, representa como en el caso concreto, una ilegítima restricción de la aspiración válida a ser postulado utilizando dicho instrumento de la carrera administrativa. Más aún, si se advierte arbitrariedad en los criterios para la exclusión de dicha lista, bajo condiciones que harán inane la designación posterior, en virtud de sentencia judicial por la vía ordinaria (en este caso la contencioso administrativa), a momento posterior, cuando la misma lista de elegibles ha perdido su vigencia.

Debiendo anotarse que la adscripción a la lista de elegibles, en el ámbito temporal, también representa la expectativa válida de conservar su lugar en la misma (salvo las causales válidas de exclusión), y que la designación se haga en los términos que la misma señala. Expectativa que se defrauda y de manera injusta se posterga, si se limita la solución integral y excluyente, en el caso concreto, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando en la actualidad, es indudable, no solo el derecho a ser nombrado, sino la existencia de vacantes.

Existiendo verdaderamente un *debido proceso* en el trámite de *exclusión de la lista de elegibles*. Para el cual, justamente, resulta más idóneo y oportuno el amparo constitucional.

Por lo tanto, la vulneración del debido proceso en el trámite y la decisión de exclusión y el contenido manifiestamente arbitrario de la justificación para la

misma, convierten en urgente la necesidad del amparo constitucional, aunque con el carácter transitorio que se viene tratando.

4.2.1.4 CONCURSO DE MERITOS EN LOS CARGOS DE CARRERA.

Frente a la provisión de cargos públicos mediante concurso de méritos, la Corte Constitucional ha establecido que:

“La jurisprudencia constitucional ha destacado de manera reiterada la importancia del mérito y de los concursos como ingredientes principales del Régimen de Carrera Administrativa. En la sentencia C-1262 de 2005 se Expediente D-7916 2 pronunció la Corte Constitucional acerca del concurso de méritos. Reiteró su jurisprudencia sobre el punto y recordó que “la carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen (...) un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios, [descartándose] de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo que, por lo demás, se identifican en el área de la sociología política, el derecho público y la ciencia administrativa, como criterios de selección de personal que se contraponen a los nuevos roles del Estado contemporáneo y que afectan en gran medida su proceso de modernización y racionalización, el cual resulta consustancial a la consecución y cumplimiento de los deberes públicos”. En esa misma sentencia se pronunció la Corte con respecto al mérito y recordó que éste es

un “un criterio fundamental „...para determinar el acceso, el ascenso y el retiro de la función pública⁸”

Es manifiesto entonces, el deber del Estado de convocar a concurso público de méritos, con el fin de cumplir los principios que rigen la función pública, esto es igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (art. 209 Constitución), en donde se conforme una lista de elegibles, configurándose para los participantes una expectativa legítima para acceder al cargo al cuál concursaron.

4.2.1.5 En cuanto a las competencias habrá de decirse que tal como lo indica la Procuraduría General de la Nación en la contestación rendida ante este Despacho Judicial, **“mediante Resolución 332 de 2015, el Procurador General de la Nación, el Procurador General de la Nación, procedió a dar apertura y reglamentar la convocatoria del proceso de selección para proveer 739 empleos de carrera de la Procuraduría General de la Nación, acto administrativo que fijó las condiciones del concurso de conformidad con las facultades otorgadas en el Decreto Ley 262 de 2000 y a través de las convocatorias 015-2015 hasta la 128-2015” (fl.73).**

De tal modo, que una vez verificadas las etapas del concurso conllevó a que mediante Resolución 135 del 25 de abril de 2017 “Por medio del cual se publica una lista de elegibles”, el señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, ocupó el puesto 56 para acceder al cargo de Asesor Código 1AS-19 para un total de 20 empleos (fls.5-7).

⁸ Sentencia C- 431 de 2010. MP: Mauricio González Cuervo. Referencia: expediente D-7916.

Una vez verificadas las pruebas allegadas al trámite constitucional, es de resaltar que una vez quedó en firme la lista de elegibles, dicha situación llevó a que el Procurador General de la Nación, mediante Decreto N° 2513 del 28 de mayo de 2018, nombrara al señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, en periodo de prueba en el cargo de Asesor Código 1AS, Grado 19, en la Procuraduría Provincial de Tunja, con sede en la ciudad de Tunja (fls.81v-82).

Situación que le fue comunicada al accionante el 31 de mayo de 2018, advirtiéndose allí que **“en caso de no aceptar el nombramiento deberá informarlo dentro del plazo legal mencionado anteriormente, indicando en forma expresa y detallada las razones de su decisión. Si guarda silencio dentro del plazo estipulado o no expresa con detalle los motivos de su no aceptación, se entenderá que decidió voluntaria y libremente no aceptar la designación y que renuncia al orden de elegibilidad, razón por la cual se nombrará quien siga en la lista correspondiente...”** (fls 82v-83).

Ante lo anterior, se evidencia correo electrónico del 13 de junio de 2018, en el que el señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, informó las razones ajenas a su voluntad de conformidad al artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, para no aceptar el nombramiento en la Procuraduría Provincial de Tunja, solicitando permanecer en la lista de elegibles y ser nombrado en alguna de las sedes por él escogidas (fl84), especialmente en la Procuraduría Provincial de Manizales o Regional de Caldas u otro de igual denominación con sede cercana (fl.85).

Para lo anterior, el accionante en su momento argumentó su condición en salud, pues indicó que laborando para la Procuraduría Regional de Antioquía, estuvo hospitalizado 13 días, siendo diagnosticado “BRADICARDIA SINUSAL DISAUTONOMIA NEUROCARDIOGENICA y MICROADENOMA CEREBRAL”, situación que llevó a que fuese objeto de plan interno de tratamiento laboral (fl.85).

Además de lo anterior, solicitó que se mantuviese la unidad familiar, pues su esposa labora en la ciudad de Manizales, adquirió bien inmueble con hipoteca en esta localidad y, su hija se encuentra estudiando en el Colegio San Luis (fl.85).

Frente a la manifestación del señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, obra Decreto 015 del 10 de enero de los corrientes “Por medio del cual se revoca un decreto de nombramiento y se resuelve la permanencia de un integrante de una lista de elegibles”, considerando la entidad lo estipulado en el artículo 216 del Decreto 262 de 2000, en el cual fundamentó la exclusión de la lista de elegibles y la revocatoria del nombramiento del accionante, en razón a que no fundamentó con suficiencia las razones ajenas a su voluntad, para no aceptar al cargo al que fue nombrado por la entidad en la ciudad de Tunja.⁹

Considerando además, en el mencionado decreto que frente a la Unidad Familiar que expuso el accionante, éste manifestó su inconformismo frente a la sede Territorial en Tunja, por no tratarse de una de las ciudades por él escogidas para mantener su unión familiar. Situación que fue estudiada por la

⁹ Ver folio 86.

entidad accionada como: **“un evento previsible que no escapa de la órbita de la autonomía privada de la voluntad del participante, toda vez que desde la inscripción al concurso se establecieron reglas claras y ampliamente conocidas sobre la dinámica de asignación de sede territorial”** (fl.87v).

Frente a la afectación de salud, resaltó la accionada en el mencionado acto que ofició al Grupo de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, para que se informara sobre los antecedentes de salud del señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, empero se concluyó que en dicha dependencia no obraba reporte alguno de enfermedad de origen laboral o común que hubiese padecido el accionante (fl. 87v).

Situación que conllevó a que fuese revocado el nombramiento del accionante en la Procuraduría Provincial de Tunja y, consecuencialmente fue retirado de la lista de elegibles, por no haber expresado las razones ajenas a su voluntad (fl. 88).

4.2.1.6 Ante la mencionada situación, lo primero que se debe observar en el caso en concreto, es que la Procuraduría General de la Nación, en el momento de decidir la exclusión de la lista de elegibles del señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, le informó, se reitera, que la mencionada exclusión obedecía a no haber probado las razones ajenas a su voluntad para acceder al cargo nombrado en la Procuraduría Provincial de Tunja, citando para ello el contenido del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000:

“Artículo 216. Lista de elegibles... 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” (Subrayado fuera del texto).

Consecuente con lo anterior, considerada este Juez Constitucional que a pesar de no ser el Juez Ordinario con competencia particular para la interpretación de la norma en cita, esta es manifiesta en indicar que el solo nombramiento no puede implicar bajo ninguna circunstancia exclusión de la lista de elegibles. Ello considerando que va en contravía de las normas de carrera y la meritocracia que, tal como se indicó con antelación, conservan los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Ya que el solo nombramiento no concede derechos subjetivos, pues lo que genera realmente derechos subjetivos es la posesión, razón por la cual el solo nombramiento a un cargo ofertado, no puede llevar a que los participantes de un concurso de méritos que hagan parte de una lista de elegibles, sean excluidos de la misma en todos los casos.

Así las cosas, de modo que al interpretarse la norma antes citada, se resalta entonces, que la exclusión de la lista de elegibles se puede dar sólo en dos eventos: (i) cuando existe posesión al cargo al que fue nombrado y, (ii) la no posesión por razones imputables a la voluntad del nombrado. Entonces, la no aceptación del cargo al que hubiese sido nombrado por parte de la

Procuraduría General de la Nación, no podrá generar la exclusión de la lista de elegibles.

Entonces, en el caso del señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, es evidente tal como se desarrolló con antelación que a pesar de que éste expuso las razones para **no aceptar** al cargo al que fue nombrado en la Procuraduría Provincial de Tunja, la entidad accionada interpretó la norma de manera errónea pues según la Procuraduría General de la Nación, basó el retiro de la lista de elegibles al accionante por no haber fundamentado su no aceptación en razones ajenas a su voluntad, desconociendo entonces, que la norma indica que la no aceptación del cargo al que fue nombrado no excluye de la lista de elegibles. O dicho de otro modo, el solo nombramiento, no puede constituir causal de exclusión de dicha lista.

Además, según se observa a folios 11 a 14, en casos similares de no aceptación al cargo para el que fueron nombrados (Decreto 4707 del 1 de septiembre de 2017; Decreto N° 1850 del 16 de abril de 2018, Decreto N° 6490 del 18 de diciembre de 2017, Decreto 4707 del 01 de septiembre de 2017), la Procuraduría General de la Nación, no excluyó de la lista de elegibles a los participantes de la Convocatoria, como si lo hizo en el caso del señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, procediendo solo la revocatoria de los nombramientos efectuados en los cargos convocados, sin excluir a los participantes de la lista de elegibles.

De modo que, al verificarse que la aplicación del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, por parte de la Procuraduría General de la Nación es arbitraria, respetando se reitera, su autonomía para la aplicación de las normas de carrera, es evidente que una de las principales condiciones del debido

proceso es el principio de legalidad (art. 3 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), lo cual implica, que las vulneraciones objetivas y manifiestas al mencionado principio, independientemente de su naturaleza, es una vulneración flagrante a garantías fundamentales.

4.2.1.7 Ahora, en el evento en que la Procuraduría General de la Nación no comparta el criterio de los argumentos del accionante para no aceptar al nombramiento efectuado en la Procuraduría Provincial de Tunja, advierte éste Despacho Judicial que la entidad accionada no valoró de manera concisa y concreta el fundamento de cuestiones de salud del señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**. Pues, tal como se indicó con antelación, en el Decreto 015 del 10 de enero de 2019 “ Por medio de la cual se revoca un decreto de nombramiento y se resuelve la permanencia de un integrante de una lista de legibles”, se advierte que a pesar de que el accionante indicó que de su estado de salud era conocedora la Procuraduría Regional de Antioquia, la Procuraduría General de la Nación, en ese instante sólo ofició al Grupo de Gestión de la Seguridad Social y Salud en el Trabajo de esa entidad (dicha dependencia no encontró antecedente alguno de la salud del accionante)¹⁰, y, sólo con la presentación del recurso de reposición del accionante frente al acto de exclusión de la lista de elegibles (fls. 92-93), fue que la Procuraduría General de la Nación, tal como consta en las pruebas anexas al expediente de tutela, que decidió oficiar a la Procuraduría Regional de Antioquia, con el fin de que fuese remitido a esa dependencia “ **toda la información de archivos a su cargo, en relación con las solicitudes de cambio de sede, y antecedentes de salud o historia clínicas presentados por el Dr. Julián Augusto González Jaramillo, quien laboró en la Procuraduría Regional de Antioquia**” (fl.93v).

¹⁰ Ver folio 87v

Verificándose lo anterior en la contestación de la acción de tutela, por parte de la Procuraduría General de la Nación, en el que informó que en razón al recurso de reposición del accionante el 7 de marzo de los corrientes, se requirió a la Procuraduría Provincial de Antioquia, y que mediante correo electrónico del 14 de marzo de 2019, la entidad mencionada **“remitió la información que reposaba en sus archivos allegando los siguientes soportes; 1 Formato de Registro de Ausentismo por Incapacidad 2 Certificado donde consta incapacidad por trece (13) días desde el 26 de julio de 2014 hasta el 7 de agosto de 2014...”** (fl. 75v).

Demostrándose entonces que en el momento de estudiar la excusa al nombramiento en el cargo en la Procuraduría Provincial de Tunja, sólo requirió a la Coordinación del Grupo de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo de la Procuraduría General de la Nación y, sólo con el recurso de reposición interpuesto por el señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, se evidenció que en dicha dependencia de la Procuraduría Regional de Antioquia, si existía constancia de la condición de salud del accionante que dio a conocer a la accionada desde el momento en el que presentó comunicado de no aceptación de su nombramiento en la Procuraduría Provincial de Tunja. Tanto así, que tal como se desarrollará más adelante, la entidad accionando, en el momento de estudiar el recurso de reposición exhibido por el señor **GONZALEZ JARAMILLO**, verificó la situación de salud que presentó el accionante para el año 2014.

Indicación que para este Despacho Judicial, es prácticamente una confesión ficta, ya que se evidencia que no se tuvo en cuenta al momento de decidir la petición del señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, pues tal como se indicó con antelación, en Decreto 015 del 10 de enero de los corrientes “Por medio del cual se revoca un decreto de nombramiento y se resuelve la permanencia de un integrante en la lista de elegibles”, desde ese mismo

instante la Procuraduría General de la Nación no requirió a la Procuraduría Regional de Antioquia, quien era la entidad que conocía los antecedentes del accionante, por haber laborado en el 2014.

Lo anterior, demuestra vulneración al debido proceso del accionante, puesto que las condiciones en salud del accionante en el que manifiesta que era conocedora la Procuraduría Regional de Antioquia en donde reposaba su historial clínico, no fueron valoradas en su momento.

4.2.1.8 A pesar de que en el presente trámite constitucional se encuentra pendiente la notificación de la resolución que resuelve el recurso de reposición presentado por el accionante frente al acto administrativo N° 015 del 10 de enero de 2019 “Por medio del cual se revoca un decreto de nombramiento y se resuelve la permanencia de un integrante de una lista de elegibles” (fls. 8-10), debe advertirse que el art. 9 del Decreto 2591 de 1991 ha indicado que no es necesario el agotamiento de la “vía gubernativa”, para presentar acción de tutela:

“Artículo 9º. Agotamiento opcional de la vía gubernativa. No será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela... El ejercicio de la acción de tutela no exime de la obligación de agotar la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

Conforme lo expuesto, a pesar de que exista en el presente trámite constitucional, pendiente la resolución del recurso de reposición, lo anterior, no es un requisito de procedibilidad para amparar de manera transitoria los

derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y concurso de méritos del señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**.

4.2.1.9 En consecuencia, se ordenará a la Procuraduría General de la Nación, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas desde la notificación del presente fallo constitucional, deberá nombrar al señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, en una de las vacantes a las cuales haya optado, considerando que el sólo nombramiento no es causal de exclusión, tal como se desarrolló en los párrafos anteriores.

Lo anterior, deberá ser cumplido por la entidad accionada, en virtud de la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 Constitucional y art. 3 Decreto 2591 de 1991), ya que la orden anterior no será efectiva si la lista de elegibles pierde sus efectos.

Por lo tanto, se ordenará a la Procuraduría General de la Nación, que se suspenda exclusivamente el término de vigencia de la Resolución N° 135 de 2017 “Por medio del cual se publica una lista de elegibles” mientras que se resuelve el recurso de reposición presentado por el señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO** y por el término de amparo de la acción de tutela¹¹,

¹¹ **Artículo 8º. La tutela como mecanismo transitorio.** Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de este.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.

para que efectivamente se nombre y se posesione en el cargo y sede por éste optada.

De modo que la Procuraduría General de la Nación, no podrá invocar la caducidad de la lista de elegibles como condición para nombrar o posesionar al señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**.

4.2.1.10 Se desvinculará a las demás entidades accionadas, por no haberse configurado por estos, vulneración a los derechos fundamentales al accionante.

5- SINTESIS DE LA DECISION.

5-1- La norma que presuntamente ampara la actuación de la Procuraduría, esto es, el artículo 216 del Decreto 262 de 2000: es del siguiente tenor: **‘...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...’.**

Debiendo notarse que, si bien en un comienzo, la redacción da a entender que se excluyen de la lista a aquellos concursantes, en quienes recaiga el nombramiento. En todo caso, a renglón seguido se tienen unas circunstancias de excepción a dicha exclusión o salvedad.

Las mismas excepciones se corresponden a (i) *la no aceptación* y (ii) *no posesionarse por razones ajenas a la voluntad*.

Una primera lectura en efecto, implicaría entender que como se trata del régimen exceptivo a la exclusión de la lista de elegibles, la justificación de razones, se extiende por igual a los casos de no aceptación y de no posesión.

Pero, tal interpretación, implica una solución lejana a lo lógico y razonable, como quiera que, envuelve confundir los actos de **nombramiento** y de **posesión**, que como se trató en esta providencia, tienen efectos diferentes.

Por lo tanto, tratándose de actos con consecuencias jurídicas disímiles, al punto que el **nombramiento** es acto condición de la **aceptación** y por lo tanto de la contabilización de términos para la misma, y que, el acto de **aceptación** es requisito para la **posesión**, no tiene sentido afirmar que quien no acepta debe justificarse, porque, se reitera, ello representa confundir la aceptación con la posesión y los efectos que le son afines. Sin dejar de mencionar que el nombramiento, no genera ningún tipo de derechos distintos a la posibilidad jurídica de manifestar la aceptación o declinación al cargo. Mientras que la aceptación, representa la consolidación del acto de nombramiento y por lo tanto, el deber de justificar las razones para no posesionarse.

Por otra parte, no puede perderse de vista el contenido o redacción de la salvedad o exclusión. En efecto, es menester, reiterar tal texto: ‘...salvo que no hayan aceptado o no se hayan posesionado por razones ajenas a su voluntad...’ (Subrayado del Despacho).

Esa redacción, separa las dos realidades, **aceptación** y **posesión**, con la disyunción ‘O’.

Precisamente, el concepto de *disyunción* corresponde a:

‘1. f. Acción y efecto de separar y desunir.

2. f. Fil. Separación de dos realidades, cada una de las cuales está referida intrínsecamente a la otra; p. ej., *masculino y femenino; izquierdo y derecho.*

3. f. Fil. y Gram. Relación de alternancia o exclusión entre dos o más términos.

4. f. Ret. Sucesión de oraciones cada una de las cuales lleva todas sus partes necesarias, sin que precise valerse para su perfecto sentido de ninguna de las que la preceden o siguen.’¹²

De tal modo, el conector lógico, separa las dos entidades, aceptar y posesionarse y, si, tal conector, usado como disyunción, separa o excluye, entonces diferencia ambas realidades. Y, una vez más, se debe reiterar, diferencia los efectos. Y, si los efectos se diferencian, debe manifestarse que la necesidad de justificación a cada uno, también. Porque, no tiene sentido separar dos realidades (aceptación y posesión), para precisamente darles a la final, el mismo tratamiento. El derecho como acto de la razón, es acto de la lógica y, la reiteración innecesaria, es un defecto de la misma. Dicho de otro modo, no se diferencia, para dar trato igual, a las entidades divergentes.

Entonces, las dos salvedades tienen un sentido independiente, y la norma debe leerse con el siguiente criterio lógico: (i) **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**

¹² <https://dle.rae.es>

hayán recaído dichos nombramientos, salvo que no hayan aceptado. Debiendo parar la interpretación, sobre esta realidad, esto es, declinar la aceptación, en este punto, porque se trata de frase a la cual sigue la disyunción 'o', de manera que es evidente que hasta este punto, la norma tiene un significado completo, sin que se requiera del siguiente aparte para darle significado. Y, por lo tanto, no se advierte la necesidad de justificar las razones para declinar la aceptación.

De tal modo, el segundo aparte de la excepción, construido a partir de la disyunción 'O' debe quedar así: **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 se hayan posesionado por razones ajenas a su voluntad...'**. Siendo evidente, para este caso, que el acto de no posesionarse, una vez expresada la aceptación, si requiere de justificación.

Así las cosas, resulta manifiesta, la arbitraria aplicación de los conceptos comentados de parte de la entidad accionada y, por ello, la necesidad de intervención del Juez Constitucional, con el amparo en las condiciones anotadas en esta providencia.

Finalmente, una razón adicional para el amparo, en caso de estimarse que se trata de una norma cuya ambigüedad debe ser resuelta por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, radica en la aplicación del *principio pro homine*: **'...El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la**

interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”...’¹³.

Así las cosas, considerando que se trata del derecho al **debido proceso** (art. 29 Const. Pol.), que debe respetarse aun antes las actuaciones administrativas y, además de los **derechos políticos**, que en lo pertinente se regula por el artículo **23 1-C de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)**, al expresar: ‘...**Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: ...de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país...**’. Debe estimarse que se debe interpretar la norma de manera que dentro de una autonomía razonable de la administración, se respeten las condiciones del administrado para conservar su vigencia en la lista de elegibles, y se hagan efectivos los derechos a ocupar el cargo público, en razón de la incorporación de dicha lista. Garantía que no se satisface, si la norma en comento se interpreta de manera extensiva con razón a las condiciones que habilitan a la entidad a excluir al aspirante de la lista de elegibles.

5-2 Ahora, si el fundamento fuese las razones ajenas a su voluntad, desde el momento en el que el accionante indicó su no aceptación en la Procuraduría Provincial de Tunja, expuso que desde que laboró en la Procuraduría Regional de Antioquía, se conoció su estado de salud, razón por la que la entidad accionada, desde ese momento, debió verificar dicha situación y, no solo hacerlo con la presentación del recurso de reposición del accionante.

¹³ Sent. T-1005, Nov. 30/2006. Exp. T-1403423. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Conforme lo expuesto, se tutelaré de manera transitoria los derechos al trabajo, igualdad y debido proceso del señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**.

Por ello, se ordenará a la Procuraduría General de la Nación, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas desde la notificación del presente fallo constitucional, deberá nombrar al señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, en una de las vacantes a las cuales haya optado, considerando que el sólo nombramiento no es causal de exclusión, tal como se desarrolló en los párrafos anteriores.

Se ordenará también a la Procuraduría General de la Nación, que en el mismo término de cuarenta y ocho (48) horas, suspenda los efectos de vigencia de la Resolución Nº 135 de 2017 “Por medio del cual se publica una lista de elegibles” mientras que se resuelve el recurso de reposición presentado por el señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO** y por el término de amparo de la acción de tutela, para que efectivamente se nombre y se posesione en el cargo y sede por este optada.

De modo que la Procuraduría General de la Nación, no podrá invocar la caducidad de la lista de elegibles como condición para nombrar o posesionar al señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**.

Se desvinculará a las demás entidades, por lo expuesto en precedencia.

6- SENTENCIA

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PENAL DE CIRCUITO ESPECIALIZADO DE MANIZALES**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: TUTELAR TRANSITORIAMENTE los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo del señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, vulnerados por la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**.

SEGUNDO: ORDENAR a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas desde la notificación del presente fallo constitucional, deberá nombrar al señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**, en una de las vacantes a las cuales haya optado, considerando que el sólo nombramiento no es causal de exclusión, tal como se desarrolló en los párrafos anteriores.

TERCERO: ORDENAR a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, que en el mismo término de cuarenta y ocho (48) horas, suspenda los efectos de vigencia de la Resolución N° 135 de 2017 “Por medio del cual se publica una lista de elegibles” mientras que se resuelve el recurso de reposición presentado por el señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO** y por el término de amparo de la acción de tutela, para que efectivamente se nombre y se poseione en el cargo y sede por este optada.

CUARTO: ORDENAR a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, que cumpla esta orden sin invocar la caducidad de la lista de elegibles, como condición para posesionar o nombrar al señor **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO**.

QUINTO: DESVINCULAR a las demás entidades y personas involucradas en esta acción constitucional, por lo expuesto en precedencia.

SEXTO: ORDENAR a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, que de manera inmediata publique la presente acción constitucional, para lo que corresponda a los terceros indeterminados con interés.

SEPTIMO: ORDENAR que sin necesidad de hacer nuevos requerimientos, se envíen a este Despacho en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas, desde la notificación del presente fallo, las constancias del cumplimiento del fallo.

OCTAVO: NOTIFICAR la presente determinación.

NOVENO: INFORMAR que contra esta decisión procede el recurso de apelación ante la Honorable Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato (Artículo 31 Decreto 2591/91).

DECIMO: ORDENAR que, en caso de no impugnarse la presente decisión, se remita a la Honorable Corte Constitucional, para la eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MAURICIO BEDOYA VIDAL
JUEZ PENAL DE CIRCUITO ESPECIALIZADO.

NOTIFICADO POR E-MAIL
Hora: 11:30 am

24 ABR 2019

C.S.S.J. Juzgados Penales