

**ACCIÓN DE TUTELA - Ampara parcialmente el derecho al debido proceso /
VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Se configura ya que
la Procuraduría no nombró al accionante en un lugar cercano a su sede
familiar pesar de existir plazas disponibles**

[A]dierte esta Sala (...) que le asiste razón al accionante cuando afirma que con el nombramiento que se realizó en la Procuraduría Regional de Vichada se vulneró su derecho fundamental al debido proceso y se afectaron gravemente sus condiciones laborales y familiares toda vez que entre el municipio de Andes donde reside junto con su familia y la ciudad de Puerto Carreño ubicada en el Departamento de Vichada, existe una distancia de aproximadamente 1.497 kilómetros, es decir, un trayecto de 29 horas por vía terrestre, situación que constituye una vulneración a los derechos fundamentales tanto del accionante como de su núcleo familiar. De igual manera, observa la Sala de Subsección que el señor [J.A.V.M.] previamente había aceptado el nombramiento realizado en la Procuraduría Provincial de la ciudad de Magangué, sede que no había señalado como de su preferencia pero que no desmejoraba ostensiblemente su situación familiar por lo que en ese sentido, contaba con una expectativa legítima de laborar en un lugar relativamente cercano a su municipio de residencia. En suma, de la respuesta dada por parte de la Procuraduría General de la Nación respecto del estado de la lista de elegibles dentro de la convocatoria 051 de 2015, la Sala advierte que (...) a pesar de encontrarse otras plazas disponibles la entidad no procedió a hacer el nombramiento del accionante en un lugar más cercano a su sede familiar existiendo la posibilidad de hacerlo. Así las cosas, le corresponde a esta Sala de Subsección confirmar la sentencia impugnada que amparó parcialmente el derecho fundamental al debido proceso del accionante, pues la accionada no ha procedido a agotar en debida forma la lista de elegibles de la convocatoria 051 de 2015 de conformidad con cada una de las situaciones presentadas con los nombramientos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86 /
CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 125 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA -
ARTÍCULO 209 / LEY 1437 DE 2011 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 2 / LEY 909
DE 2004 - ARTÍCULO 2 / DECRETO 1382 DE 2000 - ARTÍCULO 1 - NUMERAL 2
/ DECRETO 3366 DE 2017

NOTA DE RELATORÍA: El acceso a la carrera administrativa a través del concurso de méritos, ver: Corte Constitucional, sentencia SU-086 de 17 de febrero de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-588 de 27 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., quince (15) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 05001-23-33-000-2017-02146-01(AC)

Actor: JAIME ANDRÉS VÁSQUEZ MESA

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

I. ANTECEDENTES

La Sala de Subsección conoce de la impugnación formulada por la entidad accionada contra la sentencia de 18 de septiembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor JAIME ANDRÉS VÁSQUEZ MESA.

1. HECHOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Los presupuestos fácticos sobre los cuales se basó la solicitud de protección constitucional del derecho fundamental al debido proceso fueron los siguientes:

1.1. La Procuraduría General de la Nación mediante Resolución 332 del 12 de agosto de 2015, proferida por el Procurador General de la Nación, convocó concurso abierto de méritos para proveer setecientos treinta y nueve (739) cargos de carrera administrativa pertenecientes al nivel asesor, profesional, técnico, administrativo y operativo.

1.2. Dentro del referido concurso aparece la Convocatoria 051-2015 en la que se ofertaron ciento dieciocho (118) vacantes para el cargo de profesional universitario, código 3PU, grado 17 con ubicación y dependencia inicial del cargo en diferentes sedes territoriales distribuidas en todo el territorio nacional.

1.3. El accionante participó en dicha convocatoria y señaló como sede de preferencia Andes, Antioquia y como sedes alternas Cartagena, Pereira y Amagá, las cuales no son definitivas ni determinantes, de conformidad con la normativa que reglamenta la convocatoria.

1.4. La Procuraduría General de la Nación mediante Resolución 195 de 17 de mayo de 2017, modificada por la Resolución 281 de 14 de junio de 2017, conformó la lista de elegibles, ambas proferidas por el Procurador General de la Nación, en la que el accionante ocupó inicialmente el puesto 115.

1.5. A través de Oficio SG007125 de 29 de junio de 2017, enviado por correo electrónico el 30 de junio del año en curso, se le notificó el nombramiento en periodo de prueba en el cargo de profesional universitario, código 3PU, grado 17, en la Procuraduría Provincial de Magangué, efectuado mediante Decreto 3366 de 15 de junio de 2017 y en aplicación de la lista de elegibles contenida en la Resolución 195 de 17 de mayo de 2017, modificada a su vez por la Resolución 281 de 14 de junio del mismo año, ambas proferidas por el Procurador General de la Nación.

1.6. El 18 de julio de 2017, aceptó el nombramiento realizado en la Procuraduría Provincial de Magangué.

1.7. En cumplimiento de una sentencia de tutela proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, la accionada expidió la Resolución 397 del 2 de agosto de 2017 que modificó la lista de elegibles y en consecuencia, el accionante pasó a ocupar el puesto 116.

1.8. El Procurador General de la Nación mediante Decreto 3593 de 24 de julio de 2017, ratificó el nombramiento del accionante en la Procuraduría Provincial de Magangué, con efectos a partir del 14 de noviembre de 2017.

1.9. A pesar de que el accionante aceptó el nombramiento en la Procuraduría Provincial de Magangué, el Procurador General de la Nación sin contar con su autorización expidió el Decreto 4318 de 22 de agosto de 2017, mediante el cual revocó su nombramiento en dicha Procuraduría y lo nombró en la Procuraduría Regional de Vichada.

1.10. En ese sentido, señaló el accionante que el nombramiento realizado en la Procuraduría Regional de Vichada, con sede en el municipio de Puerto Carreño, desmejora notablemente sus condiciones de trabajo toda vez que es ostensiblemente distante de su pueblo natal y de donde reside su familia, sumado a las dificultades de acceso por vías terrestres y la reducida frecuencia de los vuelos.

1.11. De igual manera, afirmó que quien ocupó la posición 118 en la lista de elegibles, fue nombrada en Magangué y no aceptó el nombramiento, por lo que no

es entendible que la accionada haya desmejorado notablemente las condiciones de su nombramiento, cuando podía designarlo en esa misma plaza o inclusive en la Procuraduría Provincial de Amagá en la que dos personas no aceptaron el nombramiento, o en la Procuraduría Provincial de Yarumal en la que la persona no aceptó el nombramiento. Por lo que señaló que se tiene certeza sobre la vacancia de los cargos en los lugares más cercanos a su residencia.

1.12. Finalmente, solicitó como medida provisional que se suspenda el término para la aceptación del nombramiento en periodo de prueba del cargo de profesional universitario, código 3PU, grado 17 en la Procuraduría Regional de Vichada, notificado a través de correo electrónico mediante el oficio SG 00602 de 29 de agosto de 2017. Lo anterior, en aras de proteger sus derechos fundamentales que se encuentran vulnerados por la entidad accionada.

2. PRETENSIONES

Solicitó el accionante:

«Con fundamento en los hechos y los fundamentos jurídicos expuestos, respetuosamente solicito CONCEDER LA TUTELA del derecho constitucional fundamental invocado, ordenándole a la Entidad accionada, una de las siguientes pretensiones:

PRETENSIÓN PRIMERA: Dejar sin efectos la Resolución (sic) No. 4318 del 22 de agosto de 2017 *“Por medio del cual se revoca el Decreto N° 3366 del 15 de junio de 2017 y se efectúa un nombramiento en periodo de prueba en cumplimiento de una decisión judicial.*

Y en atención a que la Dra. Carolina Toro Osorio me manifestó que aceptará el nombramiento que se le hizo en la Procuraduría Provincial de Magangué (en el que inicialmente había sido nombrado), y en la medida que hoy la Procuraduría tiene certeza que muchas de las personas que inicialmente habían sido nombradas en el Departamento de Antioquia no aceptaron el nombramiento, teniendo certeza de dos cargos en la Procuraduría Provincial de Amagá y un cargo en la Procuraduría Provincial de Yarumal, respetuosamente, le solicito, para no afectar el derecho creado de la Dra. Carolina Toro Osorio:

PRETENSIÓN SEGUNDA: En consecuencia, solicito muy respetuosamente se ordene a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN proceder de manera INMEDIATA y sin dilación alguna, a nombrarme en uno de los cargos existentes en el Departamento de Antioquia, que no fueron aceptados por quienes inicialmente habían sido nombrados en ellos, en especial en la Procuraduría Provincial de Amagá o en la Procuraduría Provincial de Yarumal. Esto en atención a que la Dra. Carolina Toro Osorio ya tiene un derecho creado a ocupar el cargo de la Procuraduría Provincial de Magangué, y a que, la Procuraduría revocó sin mi autorización el anterior nombramiento y me terminó desmejorando, teniendo oportunidades de haberme nombrado en un lugar más cercano a mi lugar de residencia. Y finalmente, todas las personas que ganamos el concurso en los primeros 118 lugares, ya fuimos nombrados, por lo que tendría mejor derecho a

ocupar uno de esos cargos en Antioquia, frente a quienes quedaron en una posición inferior en la Lista de Elegibles, en el agotamiento de la Lista.

Finalmente, Respetables Magistrados, con todo respeto, buscando que mis derechos fundamentales no continúen en vulneración o amenaza de vulneración por las actuaciones de la Procuraduría General de la Nación, solicito amablemente se concedan las pretensiones indicadas o **cualquier otra (extra o ultra petita)** que estimen pertinentes para una adecuada protección judicial efectiva de mis derechos fundamentales. (Artículos 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos)» (fols. 7 y 8).

3. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de 5 de septiembre de 2017, el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la acción de tutela de la referencia y decretó la medida provisional solicitada consistente en la suspensión de los términos de aceptación del cargo para el que fue nombrado el señor JAIME ANDRÉS VÁSQUEZ MESA, el de profesional universitario en la Procuraduría Regional de Vichada, contenido en el Decreto 4318 de 22 de agosto de 2017.

De igual manera, ordenó notificar de dicha decisión a la Procuraduría General de la Nación, a la Procuraduría Regional del Vichada y a las Procuradurías Provinciales de Yarumal y Amagá, para que en el término de los dos (2) días siguientes a dicha notificación se pronunciaran sobre los hechos expuestos por el accionante y solicitaran las pruebas que pretendan hacer valer.

4. INFORMES

4.1. La Procuraduría General de la Nación, a través de apoderada judicial, se opuso a la prosperidad de la acción de tutela de la referencia. Al efecto, manifestó que del formulario de inscripción del accionante presentado en la convocatoria 051 de 2015, se evidencia que señaló como sede principal de su preferencia Andes (Antioquia) y como opcionales Cartagena, Pereira y Amagá, dentro de las cuales se ofertó una plaza en Andes, 3 en Cartagena, 2 en Pereira y 3 en Amagá.

Manifestó que mediante Resolución 195 de 17 de mayo de 2017, proferida por el Procurador General de la Nación, la entidad conformó la lista de elegibles de la referida convocatoria en la que el accionante ocupó el puesto 115 con un puntaje de 74,65. En aplicación del estricto orden de méritos de los integrantes de la lista, se asignaron las plazas de las ciudades de preferencia señaladas por el accionante, por lo que la plaza ofertada en Andes fue provista por el participante

que ocupó el puesto 66 en la lista de elegibles; las 3 vacantes ofertadas en Cartagena fueron provistas por los participantes que ocuparon los puestos 77, 105 y 107; las 2 ofertadas en Pereira fueron provistas con los participantes que ocuparon los puestos 31 y 33; y 3 empleos ofertados en Amagá fueron provistos con los participantes que ocuparon los puestos 25, 71 y 81 en la lista de elegibles.

Al accionante le correspondió por orden de mérito la plaza ubicada en la ciudad de Magangué por lo que mediante Decreto 3366 del 15 de junio de 2017, proferido por el Procurador General de la Nación fue nombrado en periodo de prueba en el cargo de profesional universitario, código 3PU, grado 17 en la Procuraduría Provincial de dicha ciudad.

Sin embargo, el Tribunal Administrativo de Caldas mediante sentencia de tutela de 25 de julio de 2017, ordenó incluir a la señora CAROLINA TORO OSORIO en el puesto 115 de la lista de elegibles de la convocatoria 051 de 2015, trámite tutelar al que fue vinculado el señor JAIME ANDRÉS VASQUEZ MESA.

En cumplimiento del referido fallo de tutela, la accionada expidió la Resolución 397 de 2017 con la que modificó la Resolución 281 de 2017, en virtud de la cual se reubicó a la señora CAROLINA TORO OSORIO quien pasó de ocupar el puesto 116 al puesto 115. En consecuencia el señor JAIME ANDRÉS VASQUEZ MESA fue ubicado en el puesto 116.

Por lo anterior y en aras de garantizar el acatamiento de la referida sentencia de tutela, el Procurador General de la Nación dejó sin efectos el Decreto 3366 de 2017 por medio del cual nombró al accionante en la Procuraduría Provincial de Magangué y procedió a nombrar en dicha plaza a CAROLINA TORO OSORIO.

Así las cosas y una vez realizadas las verificaciones correspondientes se advirtió que la plaza ofertada en la convocatoria 051 de 2015 en la Procuraduría Provincial de Puerto Carreño se encontraba ocupada mediante nombramiento provisional, por lo que se procedió a nombrar en dicha ciudad al señor JAIME ANDRÉS VÁSQUEZ MESA.

Por lo anterior, afirmó la accionada que las modificaciones efectuadas a la lista de elegibles y a los nombramientos del señor JAIME ANDRÉS VÁSQUEZ MESA Y CAROLINA TORO OSORIO se efectuaron en razón al cumplimiento de los fallos de

tutela proferidos los cuales no pueden ser desconocidos por la entidad ni por la Jurisdicción.

Asimismo, señaló que todos los participantes del concurso conocían las condiciones y requisitos del mismo, los cuales le corresponde observar y respetar íntegramente a la Procuraduría General de la Nación, en especial en lo que se refiere a la estructuración de las listas de elegibles y los correspondientes nombramientos en periodo de prueba de quienes integran esas listas.

En ese sentido, afirmó que toda vez que en la Convocatoria 051 de 2015 no fueron ofertados más cargos de profesional universitario en el Departamento de Antioquia, es imposible para la entidad acceder a la petición de cambio de sede del nombramiento del accionante, de conformidad con lo establecido en el artículo 216 del Decreto 262 de 2000.

Finalmente, manifestó que comoquiera que a la entidad le corresponde proveer los cargos ofertados en las diferentes sedes territoriales en estricto orden de mérito de quienes integran la lista de elegibles, una vez se hayan efectuado todos los nombramientos en dichos cargos y se reciban las aceptaciones o rechazos, se procederá a recomponer la lista de elegibles y a realizar la oferta de los empleos que se encontraban en las convocatorias y que no fueron aceptados por aquellos que se encontraban en los primeros puestos de los cargos convocados. Lo anterior, de conformidad con las sedes disponibles en estricto orden de mérito con la lista de elegibles reestructurada.

5. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia de 18 de septiembre de 2017, tuteló parcialmente el derecho fundamental al debido proceso del señor JAIME ANDRÉS VÁSQUEZ MESA y en consecuencia dispuso:

«SEGUNDO. ORDÉNASE, a la entidad accionada **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, que en un término máximo de **treinta (30) días**

hábiles contados a partir de la notificación del presente fallo, proceda si aún no lo ha hecho, a recomponer la lista de elegibles para la convocatoria 051 de 2015, publicándola dentro del mismo término, en el medio dispuesto para tal fin.

TERCERO. ORDÉNASE a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** que dentro de los términos normados en la Resolución 332 de 2015, y Decreto 262 de

2000, proceda a la provisión de las sedes vacantes para los cargos de Profesional Universitario – Código 3PU – Grado 17, en estricto orden de mérito, no obstante, de asistirle un mejor derecho al actor frente a los demás integrantes de la lista, deberá tener en cuenta para su nombramiento las sedes de referencia escogidas por él.

CUARTO. MANTÉNGASE hasta por el término indicado en el numeral segundo, la suspensión provisional de los términos de aceptación del cargo de Profesional Universitario – Código 3PU – Grado 17, para la Procuraduría Regional del Vichada contenido en la Resolución (sic) N° 4318 de 2017 fechado del día 22 de agosto de 2017, para el cual fue nombrado el actor.» (fol. 69)

La anterior decisión obedeció a que de conformidad con el Oficio SG N° 006046 de 30 de agosto de 2017, por medio del que la entidad dio respuesta a una petición elevada por el accionante, se advierte que de los 118 primeros integrantes de la lista de elegibles se procedió a efectuar nombramientos en estricto orden de mérito dentro de los cuales 29 concursantes manifestaron su no aceptación, entre otras, en la plaza ubicada en Yarumal y dos en Amagá, sedes en las que se podría designar al accionante.

Asimismo, señaló que de conformidad con lo establecido en el inciso 5 del artículo 216 del Decreto 262 de 2000, es deber de la Procuraduría General de la Nación proveer los cargos vacantes, pues desconocer el nombramiento de las personas que hacen parte de las listas de elegibles vulnera el derecho al debido proceso y acceso a cargos públicos, máxime cuando el artículo 82 del referido decreto ley garantiza el nombramiento de cargos en provisionalidad ante la vacancia definitiva de empleos de carrera.

En ese sentido, afirmó que le corresponde a la entidad recomponer la lista de elegibles para la convocatoria 051 de 2015, toda vez que la prórroga para la posesión del accionante se encuentra vencida, sumado a que las personas que no aceptaron el nombramiento en las diferentes plazas guardaron silencio para tomar posesión, y en ese de no hacerse la recomposición se vulnerarían los derechos al trabajo y de acceso a cargos públicos del accionante.

6. LA IMPUGNACIÓN

La apoderada de la entidad accionada impugnó la decisión del Tribunal y solicitó que en su lugar se niegue el amparo constitucional invocado por el accionante. Al

efecto, reiteró en su totalidad los argumentos expuestos en el informe y aportó copia de los decretos de nombramiento y actas de posesión de las personas designadas en Antioquia en los empleos ofertados de profesional grado 17.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, esta Sala es competente para conocer la presente impugnación contra el fallo proferido por el Tribunal, dentro de la acción de tutela de la referencia.

2. Problema jurídico

Vistos los antecedentes del caso, el problema jurídico central sobre el que esta Sala de Subsección debe pronunciarse consiste en determinar si la Procuraduría General de la Nación trasgredió el derecho fundamental al debido proceso del accionante al nombrarlo como profesional universitario, código 3PU, grado 17 en la Procuraduría Regional de Vichada, sin considerar que optó por otras sedes territoriales, fue nombrado en otra regional y había aceptado el respectivo nombramiento.

3. La acción de tutela como mecanismo excepcional para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos

Conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela ostenta un carácter residual, en tanto que su procedencia está supeditada a que el afectado carezca de otro mecanismo judicial que permita la protección de sus derechos fundamentales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹.

¹ Reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1º establece que "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto", sin embargo de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 6º ibídem, ésta acción no procede cuando existen otros medios de defensa judiciales, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En esto consiste su condición de medio judicial subsidiario. Ese mecanismo alterno, según reiterada jurisprudencia constitucional, debe ser eficaz, pues de no serlo, la tutela no procede como medio judicial de protección de los derechos fundamentales.

Es necesario advertir, que no basta con la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, sino que éste deberá ser eficaz en cuanto al fin pretendido por el ciudadano, apreciación que implica la realización de un estudio minucioso del mecanismo judicial previsto por el ordenamiento jurídico, y establecer, además, la idoneidad del mismo para lograr el propósito perseguido, es decir, el cese de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales. Igualmente, el juez de tutela deberá realizar un estudio de las circunstancias del caso concreto en que se encuentra el solicitante.

Concretamente en materia de concursos públicos, la Corte Constitucional ha considerado que si bien, en principio, podría sostenerse que los afectados por una presunta vulneración de sus derechos fundamentales pueden controvertir las decisiones tomadas por la administración -las cuales están contenidas en actos administrativos de carácter general o de carácter particular- mediante las acciones señaladas tanto en el anterior Código Contencioso Administrativo como actualmente en el CPACA, se estimó que éstas vías judiciales no son idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados.²

Además, contra las decisiones de trámite que se dictan en el desarrollo de un concurso de méritos para la provisión de empleos no proceden los recursos en sede administrativa ni los medios de control que regula la Ley 1437 de 2011 – CPACA-. Por lo tanto, en el evento de que se presente en desarrollo del concurso la flagrante violación de un derecho fundamental, la acción de tutela para el afectado resulta procedente ante la carencia de medios de defensa judiciales para lograr la continuidad en el concurso.

Así lo aceptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado³ y lo ha reiterado la Sección Cuarta⁴ en anteriores ocasiones.

Ahora bien, en lo que se refiere a los actos definitivos, se ha señalado que estos son pasibles de los medios ordinarios de control judicial contemplados en el

² Corte Constitucional, sentencia T-532 de 2008, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

³ Sentencia AC-00698 (2007) del 28 de agosto de 2007, M. P. Martha Sofía Sanz Tobón.

⁴ Sentencia AC-00068 del 28 de mayo de 2008, reiterada a su vez en las sentencias AC-00009 del 3 de abril de 2008, AC-00044 y AC-00046 del 10 de abril de 2008 y AC-00043 del 8 de mayo de 2008, todas con Ponencia de Ligia López Díaz.

CPACA, mediante los cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión provisional del acto⁵.

Sin embargo, contra los mismos, procederá de manera excepcional la acción de tutela conforme a las siguientes reglas establecidas por la Corte Constitucional⁶ en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial, es decir:

- i. Cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable inminente, que requiera medidas urgentes, sea grave e impostergable y,
- ii. 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 accionante⁷, caso en el que corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.

Ahora, para la primera regla en mención, la tutela procederá excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, cuando el perjuicio reúne las siguientes condiciones:

«(i) se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales»⁸.

De lo anterior se colige que si el perjuicio que se alega no se enmarca en las anteriores condiciones, el amparo invocado es improcedente y deberá acudirse a

⁵ Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-368 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-244 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-800A de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

⁶ Sentencia T- 090-13. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷ La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar.

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-132 de 2006, con ponencia del Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, reiterada en las sentencias T-244 de 2010 y T-800A de 2011.

los medios de control establecidos, dentro de los cuales se puede solicitar la suspensión del acto administrativo que le afecta, para evitar la consumación de un posible daño.

En este caso, lo que se discute es el derecho al nombramiento del accionante en la sede de su preferencia, ante el posible agotamiento de las plazas en virtud de la lista de elegibles, por lo que es procedente el ejercicio de la acción de tutela, pues el medio principal de protección dispuesto por el ordenamiento jurídico no garantiza la inmediatez de las medidas a aplicar.

4. El acceso a la carrera administrativa a través del concurso de méritos

El artículo 125 de la Constitución establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración y que consiste en que el Estado cuente «con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública»⁹.

El mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público. En los términos de este artículo los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley serán nombrados por concurso público.

Ahora bien, la importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, se puso de relieve por la Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009, donde se indicó que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1º constitucional, cuyo incumplimiento o inobservancia implica el desconocimiento de los fines estatales; del derecho a la igualdad y la prevalencia de derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el acceso a cargos públicos y el debido proceso.

⁹ Sentencia de la Corte Constitucional sentencia SU-086 de 1999.

En dicho pronunciamiento se concluyó que «la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución»¹⁰, en donde la inscripción automática, sin el agotamiento de las etapas del proceso de selección, resultaba abiertamente contraria a los principios y derechos en los que se erige la Constitución de 1991.

Por tanto, si lo que inspira el sistema de carrera son el mérito y la calidad, son de suma importancia las diversas etapas que debe agotar el concurso público.

En las diversas fases de éste, se busca observar y garantizar los derechos y los principios fundamentales que lo inspiran, entre otros, los generales del artículo 209 de la Constitución Política y los específicos del artículo 2º de la Ley 909 de 2004¹¹.

5. Análisis del caso en concreto

En el *sub examine*, el señor JAIME ANDRÉS VÁSQUEZ MESA considera vulnerado su derecho fundamental al debido proceso por cuanto la entidad lo nombró en una sede diferente a las señaladas por él como de su preferencia, al inscribirse en la convocatoria 051-2015 de la Procuraduría General de la Nación.

De las pruebas obrantes en el expediente se tiene que mediante Resolución 332 de 12 de agosto de 2015, la Procuraduría General de la Nación dio apertura y reglamentó la convocatoria para proveer 739 empleos de carrera en la entidad (fols. 10 y s.s.).

A través de la Convocatoria 051 de 2015 buscó la provisión de 118 cargos en la denominación del empleo profesional universitario, código 3PU, grado 17, en las

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. M.P. Eduardo Mendoza Martelo.

¹¹ 1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad. 2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley. 3. Esta ley se orienta al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, de lo que derivan tres criterios básicos: a) La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos; b) La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad de que trata el artículo 27 de la presente ley; c) La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión; d) Capacitación para aumentar los niveles de eficacia.

Procuradurías Judiciales de las diferentes especialidades, distribuidas en el territorio nacional.

El accionante participó en la referida convocatoria y al momento de la inscripción optó por el cargo de profesional universitario, código 3PU, grado 17, y seleccionó como sede territorial de su preferencia la ubicada en la ciudad de Andes, en la que se ofertó 1 cargo; y como sedes alternas escogió Cartagena con 3 cargos ofertados, Pereira con 2 y Amagá con 3 cargos ofertados. (fols. 42 y s.s.)

Mediante Resolución 195 de 17 de mayo de 2017, se publicó la lista de elegibles en la que el señor JAIME ANDRÉS VÁSQUEZ MESA ocupó el puesto 115 al obtener un puntaje ponderado de 74,65. (fol. 37)

En razón a lo anterior, mediante Decreto 3366 de 15 de junio de 2017, se realizó el nombramiento en período de prueba al señor JAIME ANDRÉS VÁSQUEZ MESA, para laborar en la Procuraduría Provincial de Magangué, el cual fue **aceptado** mediante escrito de 18 de julio de 2017, visible a folio 13 del expediente.

Por su parte, la señora CAROLINA TORO OSORIO interpuso acción de tutela a fin de que le fueran protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y protección a la familia que consideró vulnerados por la Procuraduría General de la Nación. La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas mediante sentencia de 25 de julio de 2017, resolvió la referida acción constitucional, accedió al amparo deprecado y en consecuencia ordenó a la entidad a asignarle a la señora CAROLINA TORO OSORIO el puesto 115 dentro de la lista de elegibles de la Convocatoria 051 de 2015. (folios. 17 y s.s.)

En cumplimiento de la referida orden de tutela, el señor JAIME ANDRÉS VÁSQUEZ MESA pasó a ocupar el puesto 116 dentro de la lista de elegibles y por lo tanto su nombramiento realizado mediante Decreto 3366 de 15 de junio de 2017, para laborar en la Procuraduría Provincial de Magangué, el cual había sido aceptado, fue revocado y en su lugar fue nombrado mediante Decreto 4318 de 22 de agosto de 2017 en la Procuraduría Regional de Vichada con sede en Puerto Carreño. (fols. 40 y s.s.)

De igual manera, visible a folio 44 del expediente se encuentra la respuesta dada, el 30 de agosto de 2017, por parte de la entidad al accionante en la que señala la

información referente al agotamiento de la lista de elegibles de la Convocatoria 051 de 2015. Al respecto indicó lo siguiente:

«1. De los 118 primeros integrantes de la lista de elegibles se procedió al nombramiento en estricto orden del mérito y 29 de los aspirantes manifestaron no aceptar el nombramiento por diversas razones ajenas a su voluntad en concordancia con lo previsto en el Decreto Ley 262 de 2000, para que se conserve su nombre en lista de elegible (sic). La relación de integrantes de la lista que dentro el término legal manifestaron no aceptar en (sic) nombramiento y la sede de asignación del cargo es el siguiente:

[...]

2. Los integrantes de la lista que fueron nombrados y una vez comunicados del respectivo decreto guardaron silencio son 11, y se relacionan a continuación, indicando el puesto en la lista y la dependencia donde fueron nombrados, así:

[...]

3º. De las personas integrantes de la lista de elegibles que fueron notificadas de los respectivos decretos de nombramiento en el marco de la convocatoria 051-2015, que manifestaron aceptar el nombramiento y no se posesionaron ni han solicitado prórroga o manifestado inconvenientes para efectos de tomar posesión del cargo se presentan 4 casos así:

[...]

4º 5º. De los 118 nombrados a la fecha han solicitado prórroga del término para tomar posesión los aspirantes que se relacionan a continuación y toda vez que la fecha límite para posesionarse es el 8 de septiembre de 2017, por lo tanto no es posible determinar de ellas cuantos tomaran o no posesión del cargo:

[...]

Finalmente debemos precisar que una vez vencidos los términos de prórroga para la posesión la entidad procederá a recomponer la lista de elegibles para reasignar todos los cargos ofertados en la convocatoria que no pudieron ser provistos en la primera fase del agotamiento de las listas, obviamente teniendo como criterio de asignación el estricto orden descendente de la lista y las razones expuestas por quienes inicialmente no pudieron aceptar el nombramiento o no pudieron tomar posesión de él, por razones ajenas a su voluntad, tal y como ordena el Decreto 262 de 2000, artículo 216, inciso 5º.» (fols. 44 y s.s.)

Ahora bien, el señor JAIME ANDRÉS VÁSQUEZ MESA no fue nombrado en ninguna de las sedes escogidas, porque según la entidad, en cada una de esas plazas se nombraron concursantes que obtuvieron un puntaje superior al que logró el accionante.

Al efecto, la entidad accionada manifestó que la plaza de Andes fue provista por el participante que ocupó el puesto 66 dentro de la lista de elegibles; en Cartagena, las 3 vacantes ofertadas fueron provistas por los concursantes que ocuparon los puestos 77, 105 y 107; en Pereira se nombraron a los participantes que ocuparon los puestos 31 y 33; y en Amagá las 3 plazas se suplieron con los concursantes ubicados en los puestos 25, 71 y 81. Asimismo, señaló que tal situación se encuentra ajustada a lo señalado en la Resolución 332 de 2015, que establece que la sede territorial de ubicación del empleo y la dependencia escogida dentro

de la convocatoria seleccionada por el aspirante en la fase de inscripción son una referencia a sus preferencias y que la provisión en los cargos se realizará en estricto orden de mérito.

No obstante lo anterior, el señor JAIME ANDRÉS VÁSQUEZ MESA manifiesta que reside junto con su familia en el municipio de Andes, Antioquia el cual se encuentra ubicado a más de 1.496 kilómetros de distancia de Puerto Carreño, situación que afecta gravemente sus condiciones familiares, sumado a las serias dificultades de acceso a dicha ciudad tanto por vía terrestre como aérea debido a la escasa frecuencia de los vuelos.

Adicionalmente, el accionante en la tutela manifestó que **aceptó** el nombramiento realizado por la entidad mediante Decreto 3366 de 2017, en el cargo de profesional universitario, código 3 PU, grado 17 en la Procuraduría Provincial de Magangué, a pesar de no haberla escogido como sede de su preferencia ni como plaza opcional, en razón a que la distancia entre el municipio donde reside él y su familia y Magangué es de 647, 7 kilómetros, por lo que en dicha sede no se desmejoraba sustancialmente su situación familiar.

Sin embargo, como se señaló en líneas anteriores, su nombramiento fue revocado en cumplimiento de una sentencia de tutela y por lo tanto la entidad procedió a nombrarlo en el cargo de profesional universitario, código 3PU, grado 17 en la Procuraduría Regional de Vichada con sede en la ciudad de Puerto Carreño.

De lo anterior, advierte esta Sala de Subsección que le asiste razón al accionante cuando afirma que con el nombramiento que se realizó en la Procuraduría Regional de Vichada se vulneró su derecho fundamental al debido proceso y se afectaron gravemente sus condiciones laborales y familiares toda vez que entre el municipio de Andes (Antioquia) donde reside junto con su familia y la ciudad de Puerto Carreño ubicada en el Departamento de Vichada, existe una distancia de aproximadamente 1.497 kilómetros, es decir, un trayecto de 29 horas por vía terrestre, situación que constituye una vulneración a los derechos fundamentales tanto del accionante como de su núcleo familiar.

De igual manera, observa la Sala de Subsección que el señor JAIME ANDRÉS VÁSQUEZ MESA previamente había aceptado el nombramiento realizado en la Procuraduría Provincial de la ciudad de Magangué, sede que no había señalado

como de su preferencia pero que no desmejoraba ostensiblemente su situación familiar por lo que en ese sentido, contaba con una expectativa legítima de laborar en un lugar relativamente cercano a su municipio de residencia.

En suma, de la respuesta dada por parte de la Procuraduría General de la Nación respecto del estado de la lista de elegibles dentro de la convocatoria 051 de 2015, la Sala advierte que 29 de los concursantes no aceptaron el nombramiento realizado; 11 guardaron silencio; 4 aceptaron el nombramiento y no se posesionaron; y 26 solicitaron prórroga del término para tomar posesión del cargo. Por lo que, a pesar de encontrarse otras plazas disponibles la entidad no procedió a hacer el nombramiento del accionante en un lugar más cercano a su sede familiar existiendo la posibilidad de hacerlo.

Así las cosas, le corresponde a esta Sala de Subsección confirmar la sentencia impugnada que amparó parcialmente el derecho fundamental al debido proceso del accionante, pues la accionada no ha procedido a agotar en debida forma la lista de elegibles de la convocatoria 051 de 2015 de conformidad con cada una de las situaciones presentadas con los nombramientos. En ese sentido la entidad deberá proceder a la provisión de las sedes vacantes para los cargos de profesional universitario, código 3PU, grado 17, en estricto orden de mérito y en caso de no afectar a concursantes con mejor derecho deberá nombrar al accionante en un lugar más cercano a su lugar de residencia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 18 de septiembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que amparó parcialmente el derecho fundamental al debido proceso del señor JAIME ANDRÉS VÁSQUEZ MESA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE la presente decisión a los interesados, por telegrama o por cualquier otro medio expedito.

ENVÍESE a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Ausente con permiso

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ