



JUZGADO DECIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación : **150013333015-2017-00137-00**
Demandante : **CLARA PIEDAD RODRÍGUEZ CASTILLO**
Demandada : **NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**
Vinculado : **LUIS ARTURO HERRERA HERRERA**
Medio de Control : **Nulidad y Restablecimiento del derecho**

Previo el agotamiento de las etapas procesales y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia dentro del medio de control de la referencia, de conformidad con los artículos 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

a) Pretensiones

1. INAPLICAR la Resolución No. 040 de 2015 *"por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad"*, igualmente la Resolución 345 del 8 de julio de 2016, mediante la cual se publica la lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial II Administrativo, como también todos aquellos actos administrativos que se hayan proferido con ocasión al concurso de méritos, con excepción de la Resolución No. 1441 del 18 de diciembre de 2015, la cual ya es objeto de demanda en otro proceso judicial.

2. DECLARAR la nulidad de los Decretos 3276 y 3910 del 08 de agosto de 2016, proferidos por el Procurador General de la Nación, por medio de la cual se retira del servicio a la señora Clara Piedad Rodríguez Castillo, en el cargo de Procuradora 45 Judicial II para la Conciliación Administrativa Código 3PJ Grado EC.

3. Que como consecuencia de la nulidad deprecada se ordene a título de restablecimiento del derecho, lo siguiente:

3.1. Reintegrar a CLARA PIEDAD RODRIGUEZ CASTILLO, en el cargo de Procuradora 45 Judicial II para la Conciliación Administrativa Código 3PJ GRADO EC, que ocupaba al momento de su desvinculación laboral o a otro de igual o superior jerarquía, en el entendido de no haber existido solución de continuidad.

3.2. Ordenar el pago a favor de la demandante de todos los factores salariales (asignación básica, gastos de representación, prima especial de servicios, bonificación por compensación) y de las prestaciones sociales (prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación de servicios) y cesantías que devengaba como Procuradora 45 Judicial II en asuntos

administrativos, a partir del momento de su desvinculación del cargo y hasta cuando se haga efectivo su reintegro, en el entendido de no haber existido solución de continuidad.

3.3. El pago de los perjuicios inmateriales ocasionados con la expedición del acto administrativo demandado, los cuales estima en 100 SMLMV a favor de la demandante y 100 SMLMV a favor de su menor hijo.

4. Que sobre las sumas a que resulte condenada la demandada, se aplique la indexación en los términos establecidos legal y jurisprudencialmente.

5. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 y demás normas pertinentes del CPACA.

6. Por último, que se condene en costas a la entidad demandada.

b) Hechos

La Procuraduría General de la Nación, mediante Resolución No. 040 del 20 de enero de 2015, convocó al concurso abierto de méritos para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II, el cual, fue adelantado por la Universidad de Pamplona.

La actora se inscribió a la convocatoria No. 006-2015, para el cargo de PROCURADOR JUDICIAL I y II, de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, para lo cual se le asignó el número de registro 802911.

Ingresó a laborar a la Procuraduría General de la Nación desde el 06 de mayo de 2011 hasta el 01 de septiembre de 2016, cuando fue desvinculada mediante los Decretos Nos. 3276 y 3910 del 08 de agosto de 2016, emanados del Despacho del Procurador General de la Nación, en ese momento ocupaba el cargo de Procuradora Judicial II Administrativa Código 3PJ Grado EC de la Ciudad de Tunja.

De conformidad con el resultado de la prueba de conocimientos, la accionante obtuvo un puntaje de 74.15, por lo que no aprobó. El 9 de septiembre de 2015, presentó reclamación electrónica, la cual fue respondida a través de Resolución 001410 del 03 de noviembre del mismo año, que confirmó el puntaje obtenido por la demandante.

Con ocasión del fallo de tutela proferido el 26 de octubre de 2015, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Penal, se concedió el acceso al cuadernillo de preguntas y hojas de respuestas así como a la presentación de la respectiva reclamación, de manera que el 18 de noviembre de 2015, presentó reclamación contra los resultados obtenidos en la prueba de conocimientos, la cual fue denegada mediante Resolución No. 1441 de 21 de diciembre de 2015, la cual es objeto de demanda en otro proceso judicial.

c) Fundamentos Jurídicos.

Normas violadas:

- Decreto Ley 262 de 2000, artículos 194, 2013, 206, 2017, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, y demás concordantes.
- Decreto Ley 263 de 2000, respecto del artículo 20 y demás concordantes.
- Decreto Ley 264 de 2000, respecto de los artículos 4 y 7, y demás concordantes.
- Resolución No. 253 del 09 de agosto de 2012 de la Procuraduría General de la Nación.
- Ley 1437 de 2011, artículos 24 y 25.
- Ley 1755 de 2015, respecto de los artículos 13, 14, 15, 24 y 25.

- Ley 909 de 2004, en lo que respecta a los artículos 31,32 y 33 y demás concordantes.
- Jurisprudencia relacionada en la sentencia C-101 de 2013

d) Concepto de violación:

Los cargos de nulidad de los actos acusados fueron sustentados de la siguiente forma:

1. Violación del debido proceso:

Concretó que la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, se concretó al haber adoptado un procedimiento distinto al curso-concurso que se exigía para los jueces y magistrados, precisamente por ello la Corte Constitucional en sentencia C-101 de 2013, determinó que los cargos de Procuradores Judiciales I y II eran de carrera y no de libre nombramiento y remoción, porque para su intervención judicial se exigía las mismas calidades que los Magistrados de los Tribunales Superiores y Jueces de la República.

Agregó que los actos administrativos acusados, eran el resultado de un concurso ilegal convocado a través de la Resolución No. 040 del 20 de enero de 2015 y que constituía una violación indirecta de los artículos 13 y 280 de la Constitución Política, por cuanto los agentes del Ministerio Público intervenían en atención a las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones que los magistrados y jueces.

Advirtió que si bien podría pensarse que frente a las reclamaciones de preguntas cerradas no procedía el recurso de apelación, ello era violatorio del artículo 31 de la Constitución Política, por lo que la entidad debió aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente a ese punto específico y permitir la procedencia del recurso de apelación, toda vez que la norma reguladora del concurso, Resolución 040 de 2015, nada decía al respecto.

2. Violación al principio de igualdad:

Estimó vulnerado el derecho a la igualdad de quienes aspiraron a los cargos de procuradores judiciales dentro del concurso abierto de méritos, en la medida que los criterios de selección, la manera de calificación y los puntajes asignados, difieren dentro de las 14 convocatorias del Concurso Abierto de Méritos para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II.

Arguyó que el artículo 215 del Decreto Ley 262 de 2000, señaló que el concurso debía ser declarado desierto cuando ningún concursante hubiere superado la prueba eliminatoria y el artículo 12 de la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, estableció la calificación mínima aprobatoria de 75 puntos sobre 100.

Expresó que en la calificación de las pruebas se aplicaron formulas estadísticas que desconocieron la potencial aplicación del artículo 215, pues se elevaron los promedios para facilitar que más de un concursante aprobara la prueba en las distintas convocatorias

Explicó que se presentaba una disparidad en los resultados otorgados entre los concursantes en los que el porcentaje aplicado era diferente para unos y otros, a pesar de que no tenían una diferencia considerable entre el número de respuestas acertadas, lo cual no era coherente además porque las primeras 35 preguntas fueron las mismas para las 14 convocatorias del concurso de méritos para proveer los cargos de procuradores judiciales I y II.

3. Con la no declaratoria de desierto del concurso se vulneró el debido proceso y el principio de igualdad:

Manifestó que la evaluación de la prueba de conocimientos no atendió el contenido del artículo 215 del Decreto Ley 262 de 2000, pues con la aplicación de la "fórmula por componente" se permitió que pasara un número de concursantes, incluso superior a los cargos por proveer.

Aseveró que, por el contrario, si no se hubiera aplicado la fórmula estadística en atención al contenido del artículo 215 en mención, se hubiera determinado que ningún concursante aprobó el concurso, en la medida que nadie logró responder 75 preguntas correctamente en un sistema estándar de valor único de cada ítem de pregunta, que era el que debió aplicarse, y esa era la única forma de interpretar el artículo 215, debiendo declararse desierto el concurso.

4. Validación de las pruebas:

Expuso conforme al concepto psicométrico y técnico- jurídico de identificación de falencias en la construcción de las preguntas del concurso, que la prueba de conocimientos contenía serias irregularidades, por lo siguiente:

- a) La demandada no cumplió con las normas relacionadas con la construcción, validación y calibración de las preguntas, lo que derivó en problemas estructurales de tipo gramatical, sintáctico y de contenido técnico - jurídico.
- b) Las preguntas con relación al perfil de los profesionales a cargo de la validación y calibración, no cumplieron con los requisitos o exigencias para la responsabilidad que asumían.
- c) Las preguntas con relación a la reserva y confidencialidad durante el proceso de construcción y aplicación de la prueba de conocimientos, fue vulnerado poniendo en riesgo la seriedad del concurso.
- d) El procedimiento de evaluación y determinación de valores de los ítems, con relación a las preguntas, se vulneró por desconocimiento del artículo 215, numeral 2 del Decreto 262 de 2002, en particular por haberse adoptado un modelo de valoración del ítem que desconoció la posibilidad de aplicar tal contenido normativo.

5. Acceso a la información:

Advirtió que dentro del trámite del concurso abierto de méritos para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II, a los aspirantes debió permitírseles el acceso a los cuadernillos de preguntas, hoja de respuestas y claves de respuestas correctas correspondientes a las pruebas aplicadas, para poder presentar las reclamaciones.

Adujo que la entidad demandada no lo permitió, alegando la reserva de los documentos, fundamentada en el artículo 208 del Decreto Ley 262 de 2000 y en el párrafo único del artículo décimo segundo de la Resolución 040 de 2015, los cuales debió inaplicar por contravenir el artículo 29 de la Constitución Política.

6. Vulneración a la reserva de las pruebas:

Refirió que de acuerdo con el artículo 208 del Decreto Ley 262 de 2000, *"las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado y solo serán de conocimiento de los empleados responsables de su elaboración y aplicación, de los concursantes al momento de su aplicación o de la Comisión de Carrera cuando requiera conocerlas en desarrollo de las investigaciones que adelante"*.

No obstante, la señora JENNY ARIZA RAMOS, rindió testimonio el 15 de diciembre de 2015, ante la Procuradora Delegada donde indicó el nombre de los altos funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, que de alguna manera conocieron y participaron en la estructuración del concurso de méritos.

En este punto resaltó la parte actora que ni el pliego de condiciones de la licitación pública No. 08 de 2014, como en el contrato No. 197-097 de 2014, celebrado entre la Procuraduría General de la Nación y la Universidad de Pamplona, se estableció la posibilidad de que personas ajenas a las partes tuvieran acceso a la información de las convocatorias y menos a participar en la construcción, validación y parametrización de las preguntas.

Concluyó que los contenidos de las preguntas fueron divulgados de forma irregular, lo cual se evidenciaba en forma transversal desde la construcción de las preguntas.

Agregó que existía una investigación penal a cargo de la Fiscalía General de la Nación, radicada con el No. CUI No. 11001600049-2015-16224, por denuncia instaurada el 26 de noviembre de 2015, por el delito de cohecho por dar u ofrecer relacionado con el concurso de méritos señalado.

7. Vulneración al debido proceso, derecho de contradicción y defensa:

Indicó que una vez se tuvo conocimiento de la existencia de documentos que contenían, de manera parcial o total, el contenido de las preguntas y respuestas que fueron aplicadas en el concurso abierto de méritos para proveer los cargos de procuradores judiciales I y II, algunos de los concursantes solicitaron al Procurador General de la Nación llevar a cabo la correspondiente investigación administrativa. Sin embargo, no se permitió el ejercicio del derecho de contradicción en el trámite fugaz que aplicó internamente la Procuraduría General de la Nación.

Citó el artículo 214 del Decreto 262 de 2000, que previó el trámite para las investigaciones por irregularidades advertidas en los concursos, manifestando que si bien no estableció en cuál etapa debían intervenir los denunciados, era claro que debía permitirse su derecho de contradicción.

Explicó que la investigación sobre la circulación de las pruebas aplicadas antes del día del examen, fue desestimada con base en un dictamen grafotécnico que no ofrecía ninguna confiabilidad por lo siguiente:

- a) Fue elaborado por la misma empresa a cargo de la custodia de las pruebas y no por un tercero imparcial.
- b) En la experticia no se realizó un cotejo del contenido de los documentos-las preguntas, sino de forma en cuanto a los aspectos físicos de los mismos.
- c) Concluyó que el cuadernillo de pruebas de conocimientos convocatoria 006-2015, no fue impreso en Thomas Greg & sons de Colombia, al tiempo que señalan que de acuerdo a las diferentes observaciones registradas en el informe "*color, tamaño, espacios laterales e interlaterales, sombras y calidad de la reproducción*", el cuadernillo fue copiado de manera irregular al parecer por fotografías y por ello indican que tiene el carácter de falso.

8. Vulneración a las reglas del concurso:

Adujo que las pautas de los concursos eran inmodificables y por ello a la Procuraduría no le era dable variarlas en ninguna fase del proceso, porque se afectaban principios básicos, derechos fundamentales de los participantes como ocurría con la accionante, ya que mediante Oficio No. 121 SIAF No. 8511 del 22 de enero de 2016, le fue informado que "*...no se tuvo en cuenta en la calificación los ítems identificados con los numerales 1 y 28, que integraban la parte general de la prueba*", con lo cual fueron calificadas 98 preguntas y no 100 como se indicaba en la

convocatoria del Concurso, Resolución No. 040 de 2015, convocatoria 011 de 2015 y cartilla del aspirante.

9. Violación al principio de confianza legítima:

Explicó que la accionante confió en que el concurso se desarrollaría con apego al ordenamiento jurídico.

Manifestó que al momento de publicarse la lista de elegibles debían estar resueltas todas las reclamaciones, no obstante, existía prueba de lo contrario, pues mediante Resolución No.1775 del 05 de agosto de 2016, fue respondida la reclamación del concursante OSWAL HERRERA HERNANDEZ, lo mismo ocurrió respecto de la reclamación formulada por JAVIER ENRIQUE MUNERA OVIEDO, a quien en virtud de un fallo de tutela de segunda instancia de 12 de mayo de 2016, con radicado No. 800123300002016001401, se le permitió el acceso a cuadernillos de preguntas y se le otorgó plazo para presentar reclamación.

10. Violación del derecho al trabajo:

Advirtió que como consecuencia del acto administrativo demandado se vulneró el derecho al trabajo, puesto que de manera irregular se retiró a la accionante del cargo de Procuradora Judicial II que ocupaba en la entidad demandada.

11. Falsa motivación:

Expuso que los actos administrativos acusados consolidaron la vulneración de derechos y garantías fundamentales que debieron respetarse en el concurso abierto de méritos para proveer los cargos de procuradores judiciales I y II, por situaciones que viciaban de nulidad todo el proceso, desde la convocatoria del concurso, la calificación de las pruebas de conocimientos y de antecedentes, la respuesta a las reclamaciones presentadas, la lista de elegibles hasta llegar a los actos administrativos cuya legalidad se demanda, que corresponden a los del nombramiento de la persona que integra la lista de elegibles y terminación del nombramiento en provisionalidad de la actora.

Agregó que los actos administrativos no expusieron los motivos por los cuales se desvinculaba del cargo a la demandante.

12. Principio de ejecutoriedad del acto administrativo:

Expuso que los Decretos 3276 y 3910 del 08 de agosto de 2016, no habían quedado ejecutoriados, al no haber sido notificados personalmente e incumplir con los requisitos exigidos para su notificación.

Aclaró que una copia de los mencionados actos administrativos fue enviada a la actora el 30 de agosto de 2016, los cuales terminaban su vinculación en provisionalidad, decisión que se hizo efectiva el 01 de septiembre de 2016, con la posesión de quien fue nombrada en el cargo que ocupaba.

Indicó que la notificación debía reunir los requisitos previstos en el artículo 66 del CPACA referente a que los actos administrativos deben ser: a) notificados de manera personal al interesado; b) en la diligencia se debe entregar copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo con anotación de fecha y hora de la notificación; y c) informar los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

Señaló que la notificación era un acto solemne que debía cumplirse bajo los anteriores términos, y que a falta de uno de estos se encontraba viciada de nulidad, en ese sentido, aunque el 30 de agosto de 2016, la actora recibió la comunicación de 12 de agosto del mismo año, en la cual el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación, le informó que a través de Decreto 3910 de 08 de agosto de 2016, se realizó el nombramiento del Doctor Luis Arturo Herrera Herrera, en el cargo que ocupaba la accionante, y señaló que por medio de Decreto 3910 de 08 de agosto de 2016, se realizó la terminación de su vinculación en provisionalidad a partir de que se efectuara la posesión, no contempló la presentación de recursos ni de reposición ni de apelación, lo cual significó la imposibilidad de agotar la vía gubernativa.

13. Estabilidad laboral reforzada por fuero sindical:

Advirtió que la Procuraduría General de la Nación tuvo conocimiento de la calidad de la Doctora CLARA PIEDAD RODRIGUEZ CASTILLO, como fundadora adherente del SINDICATO DE TRABAJADORES Y PROCURADORES JUDICIALES DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION "SINTRAPROJUDICIALES", razón por la cual gozaba de fuero sindical por el lapso hasta de seis (6) meses, término que la cobijaba al momento de su retiro.

Resaltó que, conforme a la certificación de 21 de julio de 2016, expedida por la Coordinadora del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de Trabajo, se acredita la inscripción y vigencia del SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES Y PROCURADORES JUDICIALES DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-SINTRAPROJUDICIALES, con acta de constitución No. 010 del 21 de junio de 2016 y domicilio en Medellín.

Concluyó que la Procuraduría General de la Nación debió solicitar autorización judicial para retirar del servicio a la demandante, quien en aplicación del artículo 39 de la Constitución Política y 406 del Código Sustantivo del Trabajo, se encontraba amparada por el fuero sindical; además, se encontraban empleos de Procurador Judicial II que no habían sido provistos en aplicación de la lista de legibles.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.1 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fls. 83-95):

-Frente a la violación del derecho al debido proceso:

Sostuvo que de acuerdo con lo establecido en la sentencia C-101 de 2013 y el auto de 06 de noviembre de 2013, el régimen de carrera aplicable era el establecido en el Decreto Ley 262 de 2000, ya que la igualdad que predicó la Corte Constitucional se refirió al ingreso al cargo de Procuradores a través del concurso de méritos, pero ello no implicó un régimen especial distinto al que ya regía en la Procuraduría General de la Nación.

Arguyó que la Resolución 040 de 2015 desarrolló todas las etapas del concurso de méritos con base en las normas en que debía fundarse, esto es, el Decreto Ley 262 de 2000, disposición que no contemplaba el curso-concurso como una fase en este proceso. Al revisar la Ley 270 de 1996 que reguló los concursos de la Rama Judicial, se encontraba que el curso sí estaba contemplado allí como una etapa del proceso de selección, el artículo 160 de la Ley Estatutaria reguló el curso concurso como una fase y un requisito mínimo para acceder a los empleos en carrera, etapa que no está prevista en el Decreto Ley 262 de 2000.

-Dentro de los requisitos previstos para ingresar a la Procuraduría General de La Nación no estaba contemplado el curso de formación judicial

Reiteró que la Corte Constitucional, en sentencia C-101 de 2013, indicó que el concurso para ingreso a los cargos de procurador judicial no se regía por la Ley 270 de 1996, sino por el Decreto Ley 262 de 2000, que no contemplaba el requisito en mención.

Explicó que tal y como se concebía el curso concurso por parte de la Rama Judicial, buscaba formar al aspirante para que pudiera ser más idóneo en contextos educativos desarrollados a través de módulos diseñados para tal fin, en el régimen especial de la Procuraduría se contempla un periodo de prueba de cuatro (4) meses en el cual se mide el quehacer diario del empleo, la capacidad del elegido, por tanto, no podía haber una mejor prueba para garantizar la idoneidad que tanto reclamaba el demandante.

DIFERENCIAS ENTRE LOS CONCURSOS DE LA RAMA JUDICIAL PARA JUECES Y MAGISTRADOS Y EL PROCESO DE SELECCIÓN DE LA PGN, REGULADO POR LA RESOLUCION 040 DE 2015:

Expresó que si bien el Decreto Ley 262 de 2000, no contempló el curso concurso, no por ello dejaba de ser un proceso riguroso que garantizara la selección de los mejores, pues, sólo aquellos aspirantes que obtuvieran un puntaje igual o superior al 70% del máximo posible en el concurso podrían hacer parte de la lista de elegibles, y se consagraba un periodo de prueba de 4 meses al cabo del cual, se realizaría una evaluación de desempeño, que de resultar insatisfactoria conllevaba a la declaratoria de insubsistencia.

EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN PARA LAS RECLAMACIONES CONTRA EL RESULTADO DE LAS PRUEBAS:

Respecto al argumento de la parte actora concerniente a que la Procuraduría General de la Nación no le permitió ejercer el derecho de apelación contra la Resolución 1441 de 18 de diciembre de 2015, precisó que el artículo 212 del Decreto Ley 262 de 2000, no contempló el recurso de apelación frente a los actos que resuelven reclamaciones en tratándose de concursos con preguntas cerradas.

Señaló que contrario a lo manifestado por la parte actora, la entidad si resolvió los cuestionamientos o inconformidades frente al resultado obtenido en la prueba de conocimiento, en el sentido de precisar que sí se habían evaluado 4 categorías cognitivas: evocación, comprensión, análisis y aplicación (taxonomía de bloom), también señaló que sí se realizaron talleres de validación con pares académicos.

-FUERO SINDICAL:

Citó varios pronunciamientos jurisprudenciales, para sostener que al ser retirado el funcionario nombrado en provisionalidad para ser designado el de carrera, no es constitutivo de discriminación con ocasión de la actividad sindical, ya que se trataba de una desvinculación legítima.

-Frente a la presunta violación del derecho a la igualdad:

Indicó que, de acuerdo con el informe rendido por la Universidad de Pamplona, los puntajes obtenidos obedecían a los procedimientos y formulas aplicadas, y en razón a que un sinnúmero de concursantes aprobaron la prueba de conocimientos, no había lugar a declarar desierto el concurso.

-Frente a la validación de las pruebas:

Adujo que a través de la Resolución 001441 de 2015, precisó a la accionante que se habían evaluado 4 categorías cognoscitivas a saber evocación, comprensión, análisis y aplicación que corresponden en parte a la taxonomía de bloom, también se realizaron talleres de validación con pares académicos, así mismo se aplicó la teoría psicométrica utilizada TRI.

-Violación del acceso a la información y reserva de las pruebas:

Sostuvo que la Oficina de Selección y Carrera de la Procuraduría General de la Nación, no podía acceder a la petición encaminada a que se entreguen los cuadernillos de preguntas y respuestas a los concursantes, en razón a que se trataba de documentos reservados conforme al artículo 208 del Decreto Ley 262 de 2000.

Propuso las siguientes excepciones:

1.INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA:

Afirmó que los cargos formulados por la demandante cuestionaban las reglas propias del concurso, las cuales estaban contenidas en la Resolución No. 040 de 2015, proferida por el Procurador General de la Nación, la cual fue resuelta en la audiencia inicial.

2.INNOMINADA O GENERICA.

1.2.2 LUIS ARTURO HERRERA HERRERA:

-Respecto de los cargos dirigidos a atacar la Resolución No. 040 de 2015:

Expresó que el concurso de méritos para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II no debían desarrollarse a través de curso-concurso, toda vez que la Rama Judicial y la Procuraduría General de la Nación eran entidades diferentes con un régimen de carrera especial diferente y se encontraban regulados por leyes diferentes.

-Derecho a la igualdad

Respecto a las reclamaciones realizadas en cuanto a las fallas técnicas en las preguntas 1 y 28 de la prueba de conocimientos, la PGN en diferentes comunicaciones indicó que no habían tenido el grado de aceptación y/ o aprobación por lo que no habían sido tenidas en cuenta para la evaluación.

Añadió que una vez descartadas las preguntas 1 y 28, la entidad procedió a aplicar el método estadístico de curva de Rash, sistema de evaluación predeterminado para la evaluación de las pruebas del concurso de méritos, sin que ello significara que existía una variación o modificación de las reglas del concurso, sino que simplemente serían calificadas 98 de 100 preguntas del cuadernillo de la prueba. Así, una vez aplicado dicho método de evaluación, se determinó que un gran porcentaje de los concursantes aprobó satisfactoriamente la prueba de conocimientos y que dicho porcentaje era mayor al número de las vacantes ofertadas, por lo que era contradictorio aplicar el artículo 215 del Decreto 262 de 20000, es decir, declarar desierto el concurso.

Afirmó que la exclusión de las preguntas 1 y 28, garantizó las condiciones de igualdad de todos los concursantes, situación que no podía ser tomada como un cambio en las reglas de juego dentro de la convocatoria 06.2015, pues lo que si constituía una afectación de los derechos de

los concursantes sería mantener un grupo de preguntas inconsistentes, que solo beneficiarían a un grupo de concursantes.

-Violación al debido proceso:

Adujo que la Procuraduría General de la Nación era un órgano autónomo e independiente en virtud de los artículos 113, 118 y 279 de la Constitución Política de Colombia y con fundamento en el principio de la libertad de configuración legislativa, al tenor del artículo 212 del Decreto Ley 262 de 2000, las reclamaciones sólo se podían formular en caso de inconformidad con los puntajes obtenidos en las pruebas con pregunta abierta o contra la estructura y el contenido de las pruebas con pregunta cerrada.

Aclaró que con base en la normatividad referida, sólo procedía el recurso de apelación cuando se tratara de pregunta abierta.

Advirtió que los bancos de preguntas no eran de libre acceso a todos los concursantes, ya que solo podían acceder a ellos los funcionarios de la Universidad de Pamplona, entidad contratada para su elaboración, no obstante, la accionante en virtud de una acción de tutela, obtuvo acceso a las pruebas a fin de ejercer su derecho de defensa y contradicción, presentando nueva reclamación ante la Procuraduría General de la Nación, el 18 de noviembre de 2015, la cual fue resuelta mediante Resolución No. 1441 del 21 de diciembre de 2015.

-Violación de protocolos de seguridad y filtración de respuestas:

Advirtió que no existe prueba de las presuntas irregularidades descritas por el demandante, por lo que la Procuraduría General de la Nación las declaró infundadas.

-Los Decretos 3276 y 3910 de 08 de agosto de 2016, actos administrativos enjuiciados, no quedaron ejecutoriados y para ese momento se encontraban viciados de nulidad.

Afirma que es abundante la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la que sostiene que la ausencia o irregularidad de la publicación de los actos administrativos, no afecta la validez de los mismos.

Agrega que la presunta vulneración a la notificación del acto acusado, solo tendría efecto útil si se estuviera discutiendo la caducidad.

-Sobre la vulneración de los derechos fundamentales de la actora:

Concluyó que la demandante, al no haber superado las diferentes etapas del concurso de méritos dirigido a proveer los cargos en carrera de procuradores judiciales realizado por medio de la convocatoria 06-2015, no podía permanecer en el cargo de Procuradora 45 Judicial II para asuntos administrativos.

Frente a las irregularidades alegadas en el examen de conocimientos y no ser oída en el transcurso del concurso de méritos, refirió que eran afirmaciones que debían probarse por la accionante.

-Del fuero sindical:

Arguyó que en el expediente no existía prueba que permitiera colegir que la demandante, al momento de ser desvinculada como Procuradora 45 Judicial II de Tunja, tuviera la calidad de aforada o que hubiera realizado petición alguna para no ser desvinculada con ocasión al fuero sindical, tan solo fue allegada la inscripción y registro de SINTRAPROJUDICIALES.

Las excepciones formuladas por la defensa del señor LUIS ARTURO HERRERA, igualmente fueron resueltas en la audiencia inicial, por su carácter de previas.

1.3. TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue radicada el 22 de marzo de 2017, inicialmente ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, que a través de auto del 21 de junio de 2017 remitió por competencia el expediente a los juzgados administrativos (reparto) (fls. 621-622), contra esta decisión la parte actora interpuso recurso de reposición (fls.626-630), no obstante, fue confirmada a través de auto del 28 de julio de 2017 (fls. 633-635).

El conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado Quince Administrativo de Tunja, por auto del 14 de septiembre de 2017 se inadmitió la demanda (fls.640-641), una vez subsanada (fls. 643-644), fue admitida por auto del 12 de octubre de 2017 (fls.647-649), la entidad demandada contestó oportunamente la demanda (fls. 665-705). El traslado de las excepciones se surtió a través de Secretaría (fl. 820-821), término dentro del cual, el apoderado de la actora guardó silencio.

Con ocasión de la desaparición del Juzgado Quince Administrativo de Tunja, el asunto fue adjudicado al presente Despacho que en auto del 03 de mayo de 2018 avocó el conocimiento del asunto y vinculó a LUIS ARTURO HERRERA HERRERA (fl. 771 quien contestó la demanda (fls. 785-799), se corrió traslado de las excepciones (fls.820.-821), el apoderado de la parte actora guardó silencio.

Por auto del 18 de enero de 2019 el suscrito juez se declaró impedido (fl. 802), el cual, fue declarado infundado (fls. 806-807). El Procurador Judicial I se declaró impedido para actuar dentro del proceso (fls. 663-664), el cual, fue aceptado por el juzgado en auto del 22 de abril de 2019 (fls. 811-813).

Se convocó a audiencia inicial para el 10 de diciembre de 2019 (fl. 824-830), el 04 de marzo de 2020 se realizó la audiencia de pruebas (fls. 869-870), el 17 de septiembre de 2020 se realizó también audiencia de pruebas (fls.897-901), finalmente, en audiencia del 23 de octubre de 2020 se terminaron de incorporar las pruebas y se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento corriendo traslado para alegar por escrito (fls. 1056-1058).

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION: Guardó silencio.

LUIS ARTURO HERRERA HERRERA (FLS. 1116-1120):

Concluyó que las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar, por lo siguiente:

i) Porque los actos de carácter general en los cuales se sustenta la Resolución No. 3276 del ocho (8) de agosto de dos mil dieciséis (2016) gozan de presunción de legalidad, no han sido declarados nulos por el juez competente –Consejo de Estado–,

ii)La demandante CLARA PIEDAD RODRIGUEZ se encontraba en una modalidad de vinculación temporal, que desde el punto de vista estrictamente jurídico no tenía vocación de permanencia, lo que claramente inhibe que a la persona se le genere una expectativa de permanencia indefinida, representada en la posible indemnización que tenga derecho a recibir por esa causa.

iii)El cargo que ocupaba la demandante CLARA PIEDAD RODRIGUEZ en la Procuraduría General de la Nación, fue provisto mediante concurso.

iv) Porque no es cierto que la demandante CLARA PIEDAD RODRIGUEZ, tuviera la condición de aforada sindical, pues ésta no quedó probada en el expediente.

PARTE DEMANDANTE (FLS. 132-136):

Reiteró que la demandada no cumplió con las normas relacionadas con la construcción, validación y calibración de las preguntas lo que derivó los problemas estructurales de tipo gramatical, sintáctico y de contenido técnico jurídico.

- Las preguntas con relación al perfil de los profesionales a cargo de la validación y calibración no cumplieron con los requisitos o exigencias para la responsabilidad que asumían.

- Las preguntas con relación a la reserva y confidencialidad durante el proceso de construcción y aplicación de la prueba de conocimientos, fue vulnerado lo que se puso en riesgo la seriedad del concurso.

- El procedimiento de evaluación y determinación de valores de los ítems, con relación a las preguntas, se vulneró por desconocimiento la aplicación del artículo 215 numeral 2 del Decreto 262 de 2002, en particular por haberse adoptado un modelo de valoración del ítem que desconoció la posibilidad de aplicar tal contenido normativo.

Con respecto a la calidad de aforada sindical de CLARA PIEDAD RODRÍGUEZ CASTILLO, el presidente del Sindicato informó a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, su condición de FUNDADOR ADHERENTE del SINDICATO DE TRABAJADORES Y PROCURADORES JUDICIALES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN “SINTRAPROJUDICIALES”, razón por la cual gozaba de FUERO SINDICAL, por el lapso hasta de seis (6) meses, término que la cobijaba al momento de su retiro de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a partir del día 2 de septiembre de 2016, condición que fue aceptada por la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN en el Decreto 3910 del 8 de agosto de 2016, que se demanda.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Problema Jurídico

De conformidad con la fijación del litigio, le corresponde al Despacho establecer si es procedente la inaplicación por ilegalidad de la Resolución No. 040 de enero de 2015, por medio de la cual, la Procuraduría General de la Nación convocó a concurso de méritos para proveer cargos de Procuradores Judiciales de la entidad, así como de la Resolución No. 345 del 08 de julio de 2016, mediante la cual se publicó la lista de legibles para el cargo de Procurador Judicial Administrativo II, que ocupaba la demandante.

De igual forma, si como consecuencia de ello, es procedente la declaratoria de nulidad del Decreto 3276, proferido el 8 de agosto de 2016, por la Procuraduría General de la Nación, que dispuso el nombramiento de LUIS ARTURO HERRERA HERRERA, en periodo de prueba y la desvinculación del cargo que ejercía CLARA PIEDAD RODRÍGUEZ CASTILLO, en provisionalidad, así como la declaratoria de nulidad del Decreto 3910 del 08 de agosto de 2016,

que dispuso retirarla del cargo de Procurador 45 Judicial II para la Conciliación Administrativa, Código 3PJ Grado EC.

Finalmente, el Juzgado debe definir si procede el reintegro de la señora Rodríguez Castillo, en el ejercicio del cargo de Procuradora Judicial II para la conciliación administrativa Código 3PJ grado EC, que ocupaba en el momento de la desvinculación laboral o a otro de igual o superior jerarquía sin solución de continuidad; de igual forma definir la procedencia de ordenar el pago de todos los factores salariales y prestacionales, desde su desvinculación y hasta cuando se haga efectivo su reintegro.

2.2 Marco normativo y jurisprudencial:

2.2.1. Sistema de carrera administrativa

De conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política, por regla general los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y demás que determine la ley. De igual forma señala que el ingreso a los cargos de carrera, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar el mérito y calidades de los aspirantes.

La Corte Constitucional señala que la carrera administrativa se basa en los principios de concurso público, la evaluación del mérito y la igualdad de oportunidades, por lo que *"constituye un eje definitorio de nuestro ordenamiento constitucional, el cual tiene como componentes el concurso público, el mérito y la garantía de igualdad de oportunidades. Como herramienta técnica, el sistema de carrera permite la transparencia, la eficacia y la igualdad de oportunidades en el acceso al servicio público. Por esta razón, constituye la vía general y preferente por la cual se proveen los empleos en el Estado, en tanto garantiza la selección objetiva del personal más idóneo y calificado para brindar eficacia y eficiencia a la función pública."*^{1,2}

A su vez, y de acuerdo a lo normado en el artículo 130 *ibídem*, existe un régimen de carrera general administrado y vigilado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y otros regímenes de carácter especial, los cuales también tienen origen constitucional, por cuanto *"al no ser parte de la rama ejecutiva o al desempeñar ciertas actividades constitucionalmente relevantes, merecen un tratamiento diferenciado y autónomo. Así por ejemplo, son sistemas especiales de origen constitucional los de: las universidades estatales (Art. 69 C.P.), de las Fuerzas Militares (Art. 217 C.P.), de la Policía Nacional (Art. 218 C.P.), de la Fiscalía General de la Nación (Art. 253 C.P.), de la Rama Judicial (Art. 256-1 C.P.), de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Art. 266 C.P.), de la Contraloría General de la República (Art. 268-10 C.P.) y de la Procuraduría General de la Nación (Art. 279 C.P.)"*^{3,4}

Así las cosas, salvo algunas excepciones, los cargos públicos deben ser provistos mediante el sistema de carrera administrativa, la cual se ha convertido en un principio del Estado Social de Derecho, al garantizar postulados como el mérito, la transparencia, eficacia y la igualdad.

Ahora bien, atendiendo lo dispuesto en la Constitución Política, el legislador expidió la ley 909 de 2004, en virtud de la cual estableció, como regla general, que los cargos públicos deben ser provistos por personas que hayan aprobado un concurso de méritos.

2.2.2. Sistema de carrera administrativa especial de la Procuraduría General de la Nación

¹ Cfr. Sentencia C-673 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

² Sentencia C-645 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera.

³ Cfr. Sentencias C-391 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-356 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz, C-746 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-1230 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-315 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-553 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-471 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa y C- 285 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

⁴ *Ibidem*

Este régimen se encuentra reglamentado en el Decreto Ley 262 de 2000 y en su artículo 182, establecía que los empleos de los procuradores judiciales eran de libre nombramiento y remoción, aspecto que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C101 de 28 de febrero de 2013, según la cual “Los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo.”, pues dentro de los derechos homologables a los que se refiere la norma superior, se encuentra el régimen de carrera administrativa.

Además de lo anterior, el máximo órgano constitucional, señaló lo siguiente:

“El artículo 280 constitucional regula situaciones jurídicas de dos tipos de servidores públicos: los agentes del ministerio público que ejercen su cargo ante la rama judicial; y los magistrados y jueces ante quienes ellos actúan. Entre los factores equiparables de unos y otros, se encuentran los “derechos”, al lado de “categoría y calidades” como de “remuneración y prestaciones”. Ello indica que la acepción “derechos” adquiere un contenido específico que la diferencia de otros derechos asociados régimen salarial y prestacional de los procuradores judiciales. Entre “derechos” objeto de homologación, que no tienen por objeto ni la remuneración ni las prestaciones, se encuentra el de pertenencia a un régimen de carrera, que entraña para sus titulares garantías de estabilidad laboral, de acceso a los cargos y promoción a los mismos a través de la selección y evaluación objetivos, con base en criterios del mérito y las calidades personales, propios de la carrera administrativa o judicial; de tal pertenencia a la carrera se deriva, puntualmente, la garantía de que su nombramiento y remoción no puede ser el resultado de la discrecionalidad del nominador y de gozar de la estabilidad que tienen los magistrados y jueces ante quienes ejercen sus funciones.

5.4.4. El artículo 280 de la Constitución Política refuerza lo anteriormente señalado, cuando establece que los agentes del Ministerio Público tendrán la misma “categoría” de los magistrados y jueces ante los que actúan, vocablo que significa la equivalencia en los cargos que desempeñan unos y otros, la cual se quebranta con la distinción que realiza la disposición acusada, al clasificar el cargo de procurador judicial como de libre nombramiento y remoción, cuando los de los jueces y magistrados ante los que actúan, son de carrera administrativa, conduciendo a su inexecutableidad.

*5.4.5. Así, los procuradores judiciales, en su condición de agentes del Ministerio Público que actúan ante jueces y tribunales cuyos cargos han sido definidos por el legislador -Ley 270 de 1996- como de carrera, tienen el derecho a ser clasificados igualmente como carrera administrativa, en aplicación del artículo 280 constitucional. **Tal decisión, además, se aviene con el principio general de la carrera, prevista en el artículo 125 superior.***

5.5. Consideraciones finales.

*5.5.1. La Corte declarará la inexecutableidad de la norma demandada, por vulneración del artículo 280 de la Constitución que ordena la equiparación en materia de “derechos” entre magistrados y jueces y los agentes del ministerio público que ejercen el cargo ante ellos, **entendiendo esta Corte que entre los derechos a homologar se encuentra el ser considerado de carrera administrativa.***

*5.5.2. Cabe distinguir que una es la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y otra la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, **la incorporación que procede respecto de los “procuradores judiciales” es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación.***

*5.5.3. En consecuencia, al declarar inexecutable la expresión “procurador judicial”, contenida en el numeral 2) del artículo 182 del decreto Ley 262 de 2000 -que los define como de libre nombramiento y remoción-, **ordenará a la Procuraduría General de la Nación la convocación de un concurso público de méritos para la provisión de tales cargos, en un término no mayor de seis (6) meses, de acuerdo con las reglas y procedimientos que lo regulan.**” (negrilla del despacho)*

Con la decisión que adoptó la Corte Constitucional, los procuradores judiciales dejaron de ser empleados públicos de libre nombramiento y remoción y el cargo ahora es de carrera administrativa, luego la provisión de estos empleos debe efectuarse bajo la regla general contenida en el artículo 125 de la Constitución Política, razón por la cual el máximo tribunal constitucional le otorgó el término de seis (6) meses a la Procuraduría General de la Nación, para

convocar el concurso público de méritos, que debería culminar a más tardar un año después de la notificación de la sentencia.

Ante la orden judicial señalada, la Procuraduría General de la Nación propuso incidente de nulidad, pues según su criterio, la sentencia C-101 de 2013, contrariaba el principio de igualdad de derechos de los procuradores y de los jueces ante los que ellos intervienen, al establecer que la convocatoria debía realizarse de conformidad con la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación, ya que ese régimen de carrera es distinto al de la carrera judicial, que se aplica para el ingreso de los jueces y magistrados.

Mediante auto 255 de 06 de noviembre de 2013, fue resuelto el incidente de nulidad. En esa oportunidad la Corte Constitucional, señaló:

“Ahora bien, frente a la afirmación de la Procuraduría de la imposibilidad de cumplir el mandato de igualdad del artículo 280 constitucional debido a la divergencia entre los regímenes de la carrera de la procuraduría y la carrera judicial, encuentra la Corte que ella surge como consecuencia de la interpretación errada que hace la solicitante, considerar que el mandato de igualdad contenido en el artículo 280 constitucional, se refiere a la equiparación de los regímenes de la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación y el de la carrera judicial propia de los Jueces y Magistrados (L.E.270/96), y no al “derecho” a que los cargos de los Procuradores Judiciales sean considerados de carrera, como lo indicó esta Corporación en la providencia impugnada.

*2.3.5. Es por ello que la Corte fue clara en el pronunciamiento acusado, al establecer - en su numeral 5.5.2. - **la necesidad de distinguir entre la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación y que por ello, la incorporación que procedía respecto de los Procuradores Judiciales era a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación**, en tanto “entre los “derechos” de los jueces y magistrados, que en virtud del artículo 280 constitucional deben ser extendidos a los agentes del ministerio público que ejercen su cargo ante ellos, se encuentra de no ser catalogado su empleo por el Legislador como de libre nombramiento y remoción, es decir, ser reconocido como cargo de carrera.” sin que se refiera en ningún momento, a que deba aplicarse el mismo régimen de carrera.*

*2.4. De las consideraciones anteriores, considera la Sala que no se encuentra probado que la Corte haya incurrido en una ostensible, probada, significativa y trascendental violación del debido proceso por la manifiesta incongruencia entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia, que declaró la inexecutable de la expresión “Procurador Judicial” del numeral 2 del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, **por la vulneración del artículo 280 de la Constitución Política y ordenó a la Procuraduría General de la Nación, la convocatoria a un concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial. (...)**” (Resaltado fuera del texto)*

Se concluye entonces que, en palabras de la Corte Constitucional, el concurso de méritos de los empleos de procurador judicial debía gobernarse por el régimen de carrera propio de la Procuraduría General de la Nación, contenido en el Decreto 262 de 2000, el cual contempla la reglamentación general sobre el ingreso y retiro de los servidores públicos de este ente de control.

2.2.3. Vinculación en provisionalidad

El Decreto-Ley 262 de 2000, en su artículo 82, establece las clases de nombramiento que pueden surtirse al interior de la Procuraduría General de la Nación, así:

- a) Ordinario: para proveer empleos de libre nombramiento y remoción.*
- b) En período de prueba: para proveer empleos de carrera con personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de méritos.*
- c) Provisional: para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso.*

Igualmente, se hará nombramiento en provisionalidad para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción temporalmente vacantes, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que generaron la vacancia temporal del empleo.

PARAGRAFO. Nadie podrá posesionarse en un empleo de la Procuraduría General de la Nación sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos.

A su vez, el artículo 186 *Ibidem*, establece que es provisional el nombramiento que se efectúe para “proveer transitoriamente un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, aunque en el respectivo acto administrativo no se determine la clase de nombramiento de que se trata”. Asimismo, es claro en determinar que también será provisional **“la vinculación del servidor que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que, en virtud de la ley o de decisión judicial, se convierta en cargo de carrera. En este caso, el concurso para proveer definitivamente la vacante respectiva será abierto”** (Resaltado del Despacho).

En aplicación de la normatividad referenciada y al convertirse el empleo de procurador judicial en un cargo de carrera administrativa, quienes los ocupaban en calidad de empleados de libre nombramiento y remoción pasaron a tener nombramientos provisionales, ocupando los cargos mientras fueran provistos definitivamente a través de concurso de méritos, siendo del caso resaltar que, de conformidad con el párrafo transitorio de la misma norma, “*el empleado que esté desempeñando un cargo de carrera en calidad de provisional al momento de la entrada en vigencia de este decreto, podrá participar, en igualdad de condiciones, en el concurso realizado para la provisión del respectivo empleo, aunque éste sea de ascenso*”.

De igual modo, la Corte Constitucional ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales, toda vez que los primeros acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso. Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia⁵, en el entendido de que no pueden ser desvinculados mientras i) no sean sujetos de una sanción disciplinaria, ii) se provea el cargo respectivo a través de concurso y iii) la desvinculación se produzca mediante un acto motivado⁶.

Bajo el anterior panorama, se tiene que el Decreto Ley 262 de 2000, contempla la posibilidad de proveer cargos de carrera mediante nombramiento en provisionalidad, en los eventos en que se presentan vacancias definitivas o temporales, entre tanto se asignan en propiedad o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal.

2.2.4. Estabilidad laboral de provisionales por fuero sindical:

De conformidad con el artículo 39 de la Constitución Política, los trabajadores y empleadores, con excepción de los miembros de la Fuerza Pública, tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado, a los representantes sindicales se les protege del despido o desmejora en sus condiciones laborales como garantía necesaria para el cumplimiento de su gestión.

Así las cosas, el fuero sindical es una protección especial de la que gozan ciertos trabajadores y que impide que éstos sean despedidos o desmejorados en sus condiciones de trabajo, o trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa previamente calificada por el Juez de Trabajo, según lo prevé el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, que se transcribe a continuación:

«ARTICULO 405. DEFINICION. <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 204 de 1957. El nuevo texto es el siguiente:> Se denomina “fuero sindical” la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni

⁵ Corte Constitucional, sentencia T 373 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-289 de 2011.

trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

ARTICULO 406. TRABAJADORES AMPARADOS. *Están amparados por el fuero sindical:*

a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de la notificación prevista en el artículo 380, hasta quince (15) días después de la publicación, en el Diario Oficial, del reconocimiento de la personería jurídica, sin pasar de tres (3) meses ;

b) Los trabajadores distintos de los fundadores que con anterioridad a la concesión de la personería jurídica ingresen al sindicato en formación, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores;

c) Los miembros de la Junta Directiva Central de todo sindicato, federación y confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de las subdirectivas o comités seccionales de los sindicatos previstos en los respectivos estatutos, y que actúen en Municipio distinto de la sede la Directiva Central sin pasar del mismo número, sin que pueda existir más de una subdirectiva o comité seccional en cada Municipio. Este amparo se hará efectivo desde cuando sea notificada la elección en la forma prevista en los artículos 380 y 388, por el tiempo que dure el mandato y tres (3) meses más.» (Subrayado nuestro)

Están amparados por el fuero sindical, además de los trabajadores relacionados en el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, los servidores públicos que hagan parte de las juntas directivas de las organizaciones sindicales, en las mismas condiciones previstas para trabajadores particulares, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración, por disposición expresa del párrafo primero del artículo 12 de la Ley 584 de 2000.

No obstante, el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, dispuso que no sería necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical, en los siguientes casos:

«24.1 Cuando no superen el período de prueba.

24.2 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.»

Con respecto al retiro de los empleados provisionales con fuero sindical, como consecuencia de la provisión definitiva del cargo de carrera con la lista de elegibles derivada del respectivo concurso de méritos, la Corte Constitucional en la sentencia C -1119 del 1 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente, Dr. Alfredo Beltrán Sierra, por medio de la cual declaró la exequibilidad del artículo 24 del Decreto 760 de 2005, manifestó:

«En el artículo 24 cuestionado se dispuso por el legislador habilitado que quien se encuentre desempeñando un empleo de carrera en carácter provisional, pueda ser retirado del servicio a pesar de estar amparado con la garantía del fuero sindical, sin que tenga que mediar para ello autorización judicial en los eventos contemplados en la norma acusada, esto es, cuando no sea superado el período de prueba por obtener calificación insatisfactoria, según lo previsto por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, como ya se vio; cuando el empleado no participe en el concurso público de méritos para proveer los empleos que estén siendo desempeñados en provisionalidad; o cuando a pesar de haber participado en el concurso, no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de méritos. Existe pues una relación directa entre el retiro del servicio en estos casos, con el proceso de selección para cargos de carrera administrativa (...). En efecto, se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de retiro del empleo las que dan lugar a ello. De ahí que no sea necesaria la autorización judicial que se echa de menos por los demandantes, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero como una medida tuitiva del derecho de asociación sindical, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes. Recuérdese que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar

cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos.» (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 18 de mayo de 2018, exp. No. 25000232500020090053002 (27962013), indicó que conforme a la sentencia de la Corte Constitucional, el fuero sindical no era predicable cuando el retiro del cargo obedecía a la provisión del mismo como consecuencia de la aprobación de un concurso de méritos, como se extracta a continuación:

“(...) En efecto, ha sostenido que no es necesario acudir a la autorización judicial para retirar a un empleado con fuero sindical, pues las consecuencias jurídicas relacionadas con la relación o vínculo laboral se predicán de una definición legal de carácter general, como lo es el hecho de no haber superado las condiciones objetivas que le permiten acceder a cargos de carrera administrativa mediante la superación del proceso de selección ...ello no significa que el despido en estos casos no deba ser precedido de un acto administrativo motivado que pueda ser controvertido (...)”

3.- DEL ACERVO PROBATORIO:

-A través del Decreto No. 3276 de 08 de agosto de 2016, el Procurador General de la Nación nombró en periodo de prueba por un término de cuatro (4) meses, a LUIS ARTURO HERRERA HERRERA, en el cargo de Procurador Judicial II Código 3PJ Grado EC, en la Procuraduría 45 Judicial II Administrativa con sede en la Ciudad de Tunja, en razón al orden de elegibles que arrojó el concurso de méritos adelantado para la provisión de ese cargo, término que se contaría a partir de la fecha de posesión en el mismo (fl. 81).

-En el mismo acto se señala que a partir de la posesión de Luis Arturo Herrera Herrera, culminaría la relación laboral en provisionalidad de la demandante quien se encontraba desempeñando el empleo (fl.81).

-Por oficio del 12 de agosto de 2016, se le comunicó a la demandante que mediante Decreto 3910 del 08 de agosto de 2016, se dispuso la terminación de su nombramiento en provisionalidad y el consecuente retiro del servicio, dado que se designó a LUIS ARTURO HERRERA HERRERA, en aplicación de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 345 del 08 de julio de 2016, por lo que, a partir de la respectiva posesión, culminaría su relación laboral (fl.83).

-Luis Arturo Herrera Herrera se posesionó el 01 de septiembre de 2016, según acta No. 36 (fl. 82).

-A través de Decreto 3910 de 08 de agosto 2016, el Procurador General de la República retiró del servicio a la demandante del cargo de Procuradora Judicial Código 3PJ Grado EC de la Procuraduría 45 Judicial II Administrativa Tunja, la cual se haría efectiva en la fecha que tomara posesión del cargo LUIS ARTURO HERRERA HERRERA, motivado en la transitoriedad de los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad, hasta tanto se provea el cargo a través de concurso de méritos (fls.84-86).

-La accionante se inscribió a la convocatoria 006-2015 con Registro No. 802911, al cargo de Procurador Judicial II Tunja, en el que obtuvo un puntaje de 74,15, es decir, no aprobó (fl.90).

-La demandante presentó reclamación contra el resultado de la prueba de conocimientos (fls.93-95).

-A través de Resolución No. 1441 de 21 de diciembre de 2015, se resolvió la reclamación desfavorablemente (fls. 96-103).

- El 13 de noviembre de 2015, la actora tuvo acceso al cuadernillo, hoja de respuestas y la clave de respuestas correctas con el fin de controvertir la calificación obtenida (fl.104).
- Se aportó certificado de salarios de la actora en el cargo de Procuradora Judicial Código 3PJ Grado EC de la Procuraduría 45 Judicial II Administrativa Tunja (fls. 87-89).
- Concepto psicométrico, técnico jurídico, identificación de falencias en la construcción de las preguntas, seguridad y marco normativo del concurso abierto de méritos para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II de Rodrigo Alfaro Viracachá, tallerista Filósofo de la U. Nacional de Colombia, de 19 de abril de 2016, documento en el que se analizan distintas falencias sobre la validación y calibración de la prueba de conocimientos, según las exigencias propias de la teoría de respuesta al ítem bajo el modelo de RASH (fls. 128-208).
- Respuesta a la reclamación de otros concursantes respecto de la prueba de conocimientos (fls. 209-210)
- Resoluciones Nos. 001401,001402, 01403, 001404,001405,001406, 001407, 001410, 001420, 001421 de 03 de noviembre de 2015, por medio de la cual se resuelven unas reclamaciones contra los resultados de las pruebas de conocimientos del concurso para proveer los empleos de Procurador Judicial ,regulado por la Resolución 040 de 2015 (fls. 211-250).
- Sentencia C-078 del Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Penal de 26 de octubre de 2015, a través de la cual se ampararon los derechos fundamentales de la actora y se ordena a la Procuraduría General de la Nación y a la Universidad de Pamplona, que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del fallo, le permitiera el acceso a las pruebas desarrolladas con su respectiva hoja de respuestas y la clave de respuestas correctas (fls. 250-264).
- Copia de fallos de tutela de otros concursantes a los que también se les concedió el acceso a los cuadernillos y hojas de respuesta con el fin de realizar las respectivas reclamaciones (fls. 262-328).
- Contrato interadministrativo No. 179 de 2014, celebrado entre la Procuraduría General de la Nación y la Universidad de Pamplona, con el objeto de prestar los servicios de apoyo técnico, funcional y logístico en la convocatoria, reclutamiento (inscripción y aspectos técnicos del proceso y verificación de requisitos mínimos), diseño, construcción y aplicación de las pruebas escritas de conocimientos y de competencias y análisis de antecedentes, hasta la determinación de las personas que integran las listas de elegibles en el concurso abierto para el ingreso de personal idóneo a la Procuraduría General de la Nación, a nivel nacional en cargos de Procurador Judicial I y II (fls. 329-335).
- Cartilla de orientación al aspirante sobre las pruebas de conocimientos y competencias comportamentales (fls. 343-353).
- Convocatoria 006-2015 (fls. 354-366)
- Reclamaciones a las pruebas de conocimientos y resoluciones que las resuelven (fls. 367-520).
- Documento convocatoria funciones del cargo procurador I y II (fls. 521-528).
- Respuestas a las peticiones presentadas con ocasión de las pruebas de conocimientos (fls.529-577).
- Certificación de la Coordinadora del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de Trabajo, en la que certifica que aparece inscrita y vigente la Organización Sindical denominada SINDICATO

NACIONAL DE TRABAJADORES Y PROCURADORES JUDICIALES DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION "SINTRAPROJUDICIALES" de primer grado y de empresa, con acta de constitución No. 010 del 21 de junio de 2016 (cd. subsanación de la demanda).

-Oficio del 29 de julio de 2016, en el que se remite dicha certificación al Procurador General de la Nación para su conocimiento (cd. subsanación).

-informe de la Universidad de Pamplona respecto de la reclamación de la accionante (fls. Cd anexo a la contestación de la demanda).

-La Secretaría del Tribunal Administrativo de Boyacá, allegó copia de la demanda presentada por Clara Piedad Rodríguez Castillo contra la Procuraduría General de la Nación, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado No. 15001233300020170017700.

De la copia de la demanda allegada se advierte que las pretensiones de la demanda se orientan a la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 1441 de 21 de diciembre de 2015, proferida por el Jefe de la Oficina de Selección de Carrera de la Procuraduría General de la Nación, mediante la cual confirmó el puntaje obtenido por la actora en la prueba de conocimientos del proceso de selección para proveer los cargos de Procurador Judicial y, a título de restablecimiento del derecho, declarar que la actora aprobó el examen de conocimientos, se ordene la publicación de los nuevos resultados y se reintegre a la demandante con el consecuente pago de todos los salarios y prestaciones sociales (fls. 905-989).

-Declaración de parte de Clara Piedad Rodríguez Castillo (min. 8:15), en la cual manifestó:

"...me desempeñé como Procuradora Judicial II 45 en la Ciudad de Tunja desde el 06 de mayo de 2011, en el año 2015 la Procuraduría adelantó la convocatoria para proveer en carrera los cargos de Procuradores Judiciales, obviamente la preparación fue ardua, fueron varios meses de estudio y así llegué a presentar las pruebas organizadas por la Universidad de Pamplona para dicho concurso, en esa oportunidad obtuve una calificación de 74,15 y se superaba la prueba con 75 puntos, es decir no pase ese concurso por 0,85 menos de una centésima o menos de una pregunta, eso me llevó a interponer un recurso contra ese puntaje y a solicitar la revisión de cuadernillos, inicialmente la Procuraduría General de la Nación me negó la oportunidad que tenemos cualquier persona para revisar los cuadernillos y las plantillas de respuestas correctas, tuve que interponer una acción de tutela que curso en la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, en donde afortunadamente se me protegieron mis derechos fundamentales y accedí a la revisión de los cuadernillos por parte de la Universidad de Pamplona, no fue fácil, fue una tarea ardua, posteriormente, la Procuraduría General de la Nación, me citó en un horario estricto a la sede de la empresa Thomas & Greg que es una empresa de seguridad donde reposaban todos los cuadernillos, las hojas de respuesta, y las hojas claves de cada uno de los participantes estuve allí...con personal delgado por la Procuraduría, por la Empresa Thomas & Greg por la Universidad de Pamplona, con una custodia, en una sala de audiencia con 10 ojos encima quizá, donde se me recalcó que no podía hacer transcripciones textuales de lo que yo podía estar advirtiendo como irregularidades frente a mi calificación de mi cuadernillo de mi hoja de respuesta, entonces esa presión la tuve todo el tiempo, no podía hacer transcripciones, no podía tomar fotos, no podía hacer nada, escasamente con los escritos que pude tomar pude presentar un escrito de reclamación ante la Procuraduría General de la Nación, ese escrito fue confirmado me confirmaron ese puntaje de 74,15, me excluyeron del concurso, llevaba alrededor de 5 años y medio como procuradora y fui desvinculada del cargo por esa situación, no se me valoró que era 0,85 lo que me faltaba a mí para haber superado este porcentaje del concurso... Yo hago ver que hay doble opción de respuesta en algunas preguntas le solicito a la Procuraduría que haga una aproximación porque yo estaba a 0,85 fue denegada mi solicitud en todos los aspectos, y señalé algunas irregularidades respecto a la forma como fueron diseñadas tuve asesoría de una persona experta en la elaboración de las preguntas...no sabemos cómo se hizo la calificación, qué curvas de estadísticas se aplicaron, es algo incierto hasta el momento, hubo inclusive puntajes de 100, o sea la perfección absoluta, con el desarrollo después de mesas de trabajo con compañeros que salieron también y con personas técnicas capacitadas en eso, se estableció que no era una prueba confiable, porque solamente 65 preguntas fueron calificadas de las 100 contempladas en el cuadernillo, o sea que era una prueba que no daba la consistencia que necesitaba, además, para la provisión de estos cargos de Procuradores Judiciales se requerían un tipo de pruebas con mayor peso...irregularidades hubo desde el principio, a partir de la convocatoria 040 que está demandada incluso en el Consejo de Estado desafortunadamente hubieron muchas trabas se ha tratado de

dilatar ese proceso, pero esta demandada la Resolución 040 por falta de competencia del entonces procurador, y pues irregularidades no hubo garantía de ninguno de los participantes como le digo por vía tutela fue que tuvimos acceso a los cuadernillos de manera que fue muy bajo el porcentaje de los que pudimos acceder a esta revisión y de hecho hemos visto en otro tipo de concursos, el concurso de notarios, el concurso de jueces y magistrados en donde se ha garantizado que las personas accedan a la revisión de los cuadernillos porque es un derecho de cualquier participante, siendo la Procuraduría un ente garante de los derechos fundamentales en este proceso reamente no vimos que tuviéramos ese respaldo...PREGUNTADO: En el hecho número 9 de la demanda se indica que usted promovió demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Resolución 1441 del 21 de diciembre de 2015, por la cual, se resuelve una reclamación contra los resultados de las pruebas de conocimientos...2016-003127 que cursa en el Tribunal Administrativo de Boyacá, recuerda usted en esencia de que tratan las pretensiones de esa demanda? CONTESTO: Si esa resolución 1441 fue la resolución que me resolvió la reclamación luego de efectuada la revisión de los cuadernillos esa resolución me resuelve y me confirma esa calificación de 74,15, está básicamente enfocada a la pérdida de oportunidad hasta ese momento no se había surtido la desvinculación como Procuradora Judicial entonces se hizo fue enfocado a la pérdida de oportunidad...pero difiere de esta demanda que ocupa nuestra atención la pérdida de oportunidad por que en esa oportunidad fue la pérdida de oportunidad de haber continuado en un proceso de convocatoria por estar atacando esta resolución donde se decide la reclamación que hice frente a ese puntaje, en este proceso lo que conlleva es a que se estudie la desvinculación de la entidad con la otra resolución..."

3. CASO CONCRETO:

Dicho lo anterior, procede el despacho a pronunciarse frente a las presuntas irregularidades invocadas como causales de inaplicación de la Resolución N° 040 de 2015, por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad demandada.

- **La Resolución 040 de 2015, constituye una violación indirecta de los artículos 13 y 280 de la Constitución, por no tenerse en cuenta las particulares condiciones de la carrera administrativa de quienes ejercen funciones de intervención judicial.**

Tal y como se dejó dicho en el marco normativo y jurisprudencial, la Corte Constitucional en la sentencia C-103 de 2013, estableció que conforme al artículo 280 de la CP, los regímenes de carrera tanto de la Rama Judicial como de la Procuraduría General de la Nación no son equiparables, solo que los procuradores judiciales ostentan los mismos derechos que los jueces y los magistrados ante quienes actúan, e hizo énfasis en que *“la incorporación que procede respecto de los “procuradores judiciales” es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación”*, de donde se colige que esos empleos debían proveerse bajo las reglas del Decreto Ley 262 de 2000, que regula el régimen especial de carrera administrativa del ente de control.

Además, es relevante recordar que el Procurador General de la Nación propuso nulidad contra la referida sentencia de constitucionalidad, con fundamento en que la orden dada desconocía la igualdad que debía existir entre los procuradores judiciales y los jueces y magistrados, toda vez que el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, es diametralmente distinto al de la carrera judicial contenido en la Ley 270 de 1996 —Estatutaria de Administración de Justicia—, por lo cual consideró que lo procedente era ordenar al legislador la creación de un marco jurídico que permita la realización del concurso para acceder a los cargos de Procurador Judicial.

Dicha solicitud fue desestimada por la Corte Constitucional, mediante el auto 255 de 06 de noviembre de 2013, en el cual reiteró su posición en el sentido de que el fallo de constitucionalidad consideró, de acuerdo al artículo 280 de la Carta Política, que son equiparables los derechos, categorías, calidades, remuneración y prestaciones entre los procuradores judiciales y las autoridades judiciales ante los cuales actúan, por tanto, que la pertenencia a un régimen de carrera es uno de los derechos homologables, en la medida que brinda a sus titulares garantías como la estabilidad laboral, el acceso a los cargos y promoción dentro de ellos, a través de la

selección y evaluación del desempeño, con base en criterios del mérito y las calidades personales, propios de la carrera administrativa o judicial.

En ese orden de ideas, la Corte indicó que el mandato constitucional contenido en el artículo 280 no hace referencia a la equiparación de los regímenes de la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación y el de la carrera judicial propia de los jueces y magistrados, sino únicamente al derecho a que los cargos de los procuradores judiciales sean considerados de carrera, y en razón de dicha circunstancia dispuso incorporar a los procuradores judiciales en el régimen de carrera propio de la Procuraduría General de la Nación.

Ahora bien, conforme lo prevé el artículo 168 de la ley 270 de 1996, el objeto del denominado “curso de formación judicial”, es la formación adecuada para el desempeño de la función judicial, sin embargo, la función de administrar justicia no es propia de los procuradores judiciales, pues ellos ejercen funciones preventivas y de control de gestión, disciplinarias, de protección y defensa de los derechos humanos, así como de intervención ante las autoridades administrativas y judiciales, de conformidad con la Constitución y la ley, y específicamente en el contencioso administrativo intervienen en defensa del orden jurídico, el patrimonio público, y de los derechos y garantías fundamentales⁷ a través de funciones de conciliación prejudicial y conceptos no vinculantes.

Se colige entonces, que contrario a lo sostenido por el demandante, si bien es cierto los funcionarios y los procuradores deben tener las mismas calidades, aspecto que si es congruente con el hecho de ostentar un cargo en propiedad que les dé la estabilidad laboral propia de los cargos de carrera administrativa, no existe fundamento constitucional o legal para exigir la aplicación de un concurso idéntico para la escogencia de procuradores, jueces y magistrados, pues la igualdad de derechos no se extiende a la identidad en el régimen de carrera administrativa.

De lo expuesto también se deriva que no hay razón para exigir a los procuradores judiciales el curso de formación judicial, pues este es un requisito establecido por la Ley 270 de 1996 —Estatutaria de Administración de Justicia—, para ser funcionario de la Rama Judicial, y no se encuentra dentro las etapas de selección consagradas en el Decreto-Ley 262 de 2000, pues de acuerdo con el artículo 194 del mismo, el concurso de méritos para la provisión de cargos al interior de la Procuraduría General de la Nación, comprende las siguientes etapas:

ARTÍCULO 194. Proceso de selección. El proceso de selección comprende las siguientes etapas:

- 1) Convocatoria.
- 2) Reclutamiento: inscripción y lista de admitidos y no admitidos.
- 3) Aplicación de pruebas o instrumentos de selección: etapa eliminatoria y etapa clasificatoria.
- 4) Conformación de la lista de elegibles.
- 5) Período de prueba.
- 6) Calificación del período de prueba.

Así las cosas, tampoco le asiste razón a la parte demandante cuando asegura que la Resolución No. 040 de 2015, debió incorporar como criterio de selección, la realización del denominado curso concurso o un curso de formación; aunado a ello, no existe fundamento para considerar que la falta de este tipo de formación impida que quienes superaron el concurso méritos sean personas

⁷ Artículo 303 de la Ley 1437 de 2011.

idóneas para desempeñarse como procuradores judiciales y, de contera, perjudiquen la función pública y el interés general, porque con las demás etapas del concurso se aseguró que el personal finalmente designado fueran las personas que demostraron tener mayor mérito para ocupar los cargos.

- **Violación al debido proceso porque las reclamaciones desconocieron la garantía de la doble instancia:**

La parte actora advirtió que dentro del trámite del concurso abierto de méritos para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II, a los aspirantes debió permitírseles el acceso a los cuadernillos de preguntas, hoja de respuestas y claves de respuestas correctas correspondientes a las pruebas aplicadas, para poder presentar las reclamaciones.

En este punto, el cargo de nulidad no prospera, pues tal y como lo admitió la actora en el interrogatorio de parte y consta en el expediente, aunque en principio la entidad negó el acceso a dichos documentos, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja, en sentencia C-078 de 26 de octubre de 2015, amparó los derechos fundamentales de la actora y ordenó a la Procuraduría General de la Nación y a la Universidad de Pamplona que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del fallo, le permitiera el acceso a las pruebas desarrolladas con su respectiva hoja de respuestas y la clave de respuestas correctas (fls. 250-264).

En ese orden de ideas, la vulneración del derecho fue superado y no se trata de una circunstancia que afecte la legalidad de los actos acusados, pues en todo caso la parte actora tuvo la posibilidad que efectivamente ejerció, de presentar su reclamación de manera posterior al acceso a los mencionados documentos.

Adujo también la parte actora que frente a las reclamaciones de preguntas cerradas no procedía el recurso de apelación, ello era violatorio del artículo 31 de la Constitución Política, por lo que la entidad debió aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente a ese punto específico y permitir la procedencia del recurso de apelación, toda vez que la norma reguladora del concurso, Resolución 040 de 2015, nada decía al respecto.

Al respecto, la entidad accionada precisó que el artículo 212 del Decreto Ley 262 de 2000, no contempló el recurso de apelación frente a los actos que resolvieran reclamaciones en tratándose de concursos con preguntas cerradas.

En efecto, en el capítulo 2 del Decreto Ley 262 de 2000, se regula el proceso de selección para el ingreso a la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación, y respecto al recurso procedente contra las reclamaciones de las pruebas de conocimientos, estableció:

“ARTÍCULO 212. Reclamaciones. Dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la publicación de los resultados de las pruebas, los concursantes sólo podrán formular reclamaciones por escrito, debidamente sustentadas, en caso de inconformidad con los puntajes obtenidos en las pruebas con pregunta abierta, o con la estructura y el contenido de las pruebas con pregunta cerrada. Contra los resultados de la entrevista no podrán presentarse reclamaciones.

Cuando se trate de reclamaciones por errores aritméticos, se presentarán ante el jefe de la Oficina de Selección y Carrera, quien resolverá de plano, en única instancia, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. Cuando se trate de reclamaciones sobre las pruebas con pregunta abierta, serán decididas, en única instancia, por el jurado que las calificó, que resolverá de plano dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su recepción. En este último caso, las reclamaciones se presentarán en la Oficina de Selección y Carrera, que deberá remitirlas inmediatamente al jurado designado. Para el análisis de las preguntas cuestionadas, el jurado podrá asesorarse de expertos en cada uno de los temas.

La decisión se notificará mediante publicación que se fijará durante dos (2) días hábiles, en el mismo lugar donde se publicaron los respectivos resultados de las pruebas, a partir del día hábil siguiente a su expedición. Copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión se entregará al notificado, si éste la solicitare.

Las reclamaciones por inconformidad con la estructura y el contenido de las pruebas de pregunta abierta serán resueltas en primera instancia por el jurado calificador y en segunda por la Comisión de Carrera. En estos casos, los procesos de selección se suspenderán hasta cuando quede ejecutoriada la decisión correspondiente.

En los casos de aplicación de pruebas con pregunta cerrada, su estructura y contenido deberán corresponder al perfil del cargo convocado, para lo cual se solicitará su definición a los superiores inmediatos de los empleos por proveer.

Resuelto el recurso de apelación a que se refiere el presente artículo, se agota la vía gubernativa”.

De la lectura del referido artículo se infiere que el recurso de apelación únicamente fue previsto respecto de las reclamaciones relativas a la estructura y contenido de las preguntas abiertas, más no de las concernientes a las de estructura y contenido de las preguntas de carácter cerrado, y no encuentra el Despacho que con ello se vulnere el derecho a la igualdad pues las características de las preguntas abiertas y cerradas son diferentes, siendo que las primeras requieren un examen más complejo pues entraña un grado superior de subjetividad, el cual no se predica de las preguntas cerradas.

Nótese como el artículo 211 del Decreto Ley 262 de 2000, distinguió la calificación de las preguntas abiertas y las cerradas, para las primeras, establece la norma que debe ser realizada por tres jurados expertos en cada una de las áreas, seleccionados por el Procurador General, en tanto que, para las cerradas, la evaluación se lleva a cabo mediante lectora óptica.

Ahora bien, el reproche de la parte actora se sustenta en la garantía de la doble instancia equiparándola a la que se predica de los procesos judiciales, no obstante, el razonamiento no es de recibo ya que el diseño legal de procedimientos administrativos admite un grado de flexibilidad mayor que el desarrollado en instancias judiciales, de manera que bien pudo el legislador no proveer de doble instancia las reclamaciones surtidas respecto de las preguntas cerradas.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que las garantías previstas para un proceso judicial no se equiparan a las de la actuación administrativa, sin que esto lesione el derecho fundamental al debido proceso, como pasa a verse:

“...Si bien una de las características más destacadas del orden constitucional adoptado en 1991 es la extensión de las garantías del debido proceso a toda actuación administrativa, también ha señalado la Corte que su extensión y aplicación no es idéntica a la que se efectúa en el ámbito judicial.

6.1. La primera es que el debido proceso judicial se encuentra ligado a la materialización de los derechos, la protección de la Constitución o de la ley; en tanto que la actuación administrativa atañe al adecuado ejercicio de funciones públicas de diversa naturaleza para la satisfacción de los intereses de toda la comunidad. Por ello, también ha puntualizado la Corte, la segunda debe ceñirse a la vez a los artículos 29 y 209, Superiores.

Además, (6.2.) los procesos judiciales deben otorgar una respuesta definitiva a los conflictos sociales, en tanto que las actuaciones administrativas son susceptibles de control ante la jurisdicción. Por ello, aunque el debido proceso se aplica en toda actuación administrativa o judicial, en el primer escenario ocurre bajo estándares más flexibles para asegurar la eficiencia, eficacia, celeridad y economía por parte de la Administración”⁸.

...Teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica de la calificación definitiva semestral corresponde a un proceso interno de la respectiva superintendencia, la obligatoriedad de la doble instancia se debilita al tratarse de un acto administrativo. Como se concluyó atrás (supra II, 5.2.1), el diseño legal de procedimientos administrativos admite un grado de flexibilidad mayor que el desarrollado en instancias judiciales. Por lo que, puede concluirse que dicho procedimiento acto definitivo de la calificación- tal y como fue concebido por el legislador extraordinario, necesariamente no debe estar dotado de la previsión de doble instancia...”

En este caso, en consideración a la celeridad que debe predicarse de los procesos de selección, no resulta inconstitucional que el legislador no hubiere contemplado el recurso de apelación para las reclamaciones formuladas contra las preguntas cerradas, pues, tal y como lo ha indicado la

⁸ Sentencia C-034/14, M.P. María Victoria Calle Correa

jurisprudencia, la garantía de la doble instancia no se aplica con el mismo rigor en las actuaciones administrativas como en los procesos judiciales, sin que ello contravenga el debido proceso que se aplica en los dos escenarios.

Por las razones expuestas, el cargo no está llamado a prosperar.

- **Violación al principio de igualdad**

Indicó la parte actora que conforme al artículo 215 del Decreto Ley 262 de 2000, el concurso debió declararse desierto, pues ningún concursante consiguió la puntuación mínima aprobatoria de 75 puntos sobre 100, al haberse eliminado de la prueba de conocimientos las preguntas 1 y 28.

Manifestó que se habían desconocido las reglas de la convocatoria al haber favorecido a un grupo de concursantes con la eliminación de dichas preguntas para que estadísticamente pudieran aprobar el concurso, sin embargo, el Despacho no advierte que se hubieran desconocido las reglas establecidas en la convocatoria al concurso de méritos, concretamente las que se enuncian a continuación:

- La Resolución 040 de 2015⁹, en su artículo 12, previó que las pruebas de conocimientos y competencias comportamentales serían escritas, aplicadas el mismo día y evaluadas en una escala estándar entre cero (0) y cien (100) puntos. Los resultados obtenidos mediante lectora óptica serían valoradas estadísticamente, utilizando métodos y herramientas idóneas para obtener la calificación normal estándar de estos instrumentos de selección.
- Formarían parte de la lista de elegibles quienes lograran un puntaje final, igual o superior a 70, de conformidad con lo señalado en el artículo 216 del Decreto ley 262 de 2000.
- El artículo 13 de la Resolución 040 de 2015, dispuso que la prueba de conocimientos era una prueba escrita de carácter eliminatorio, constituida por dos núcleos, uno general y otro específico; para aprobarla se requería un puntaje igual o superior a 75 sobre 100.

Se constata así que el procedimiento adelantado para la calificación de las pruebas, se ajustó a los términos de las normas reguladoras y no vulneró el derecho a la igualdad, en cuanto era deber de la entidad eliminar las preguntas que generaban duda para realizar una correcta calificación de las pruebas, de manera que no fueron tenidas en cuenta para ninguno de los participantes en el concurso, lo cual descarta que el móvil de la entidad hubiere sido favorecer a algún aspirante en particular.

El artículo 215 del Decreto 262 de 2000, en su numeral 2°, erigió como causal para declarar desierto el proceso de selección que ningún concursante hubiere superado la prueba eliminatoria.

En este caso encontramos que la Resolución 040 de 2015, en su artículo 12, avaló la utilización de métodos y herramientas para obtener la calificación, de la que fueron excluidas las preguntas 1 y 28 por generar duda, y se utilizó el modelo estadístico de la psicometría de TRI o el modelo de Rash para determinar los resultados, tal y como le refiere la Universidad de Pamplona en el informe que presenta respecto de la reclamación de la accionante (fls. Cd anexo a la contestación de la demanda).

Existiendo participantes que obtuvieron el puntaje igual o superior a 75 de las preguntas calificadas, como se advierte del listado de personas que aprobaron la prueba de conocimientos publicada en la convocatoria¹⁰ y con las cuales se conformó la lista de elegibles (cd. Anexo a la

⁹ https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/modulo_calidad//1154_resolucion040-2015.pdf

¹⁰ https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/363%2020consolidado_pruebas_escritas.pdf

contestación de la demanda). En ese orden de ideas, no existía razón para que se declarara desierto el concurso y por tal motivo el cargo no está llamado a prosperar.

- **Principio de ejecutoriedad del acto administrativo**

Señaló la parte actora que la notificación era un acto solemne que debía cumplirse bajo los términos de los artículos 66 y subsiguientes del CPACA y que a falta de uno de estos se encontraba viciada de nulidad, en ese sentido, arguye que aunque el 30 de agosto de 2016, la

actora recibió la comunicación de 12 de agosto del mismo año, mediante la cual el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación, le informó que a través de Decreto 3910 de 08 de agosto de 2016, se realizó el nombramiento del señor Luis Alberto Herrera Herrera en el cargo que ocupaba la accionante, y señaló que por medio de Decreto 3910 de 08 de agosto de 2016, se realizó la terminación de su vinculación en provisionalidad a partir de que se efectuara la posesión, no contempló la presentación de recursos ni de reposición ni de apelación, lo cual significó la imposibilidad de agotar la vía gubernativa.

El artículo 67 del CPACA, dispone que las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse y ordena que se entregue copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes debe interponerse y los plazos para hacerlo. Dispone, además, que el incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

Frente a este aspecto se encuentra que la Resolución 3910 de 08 de agosto de 2016 (fl. 508), que dispuso el retiro de la demandante, indicó en su artículo tercero que contra la misma no procedía recurso alguno en sede administrativa por tratarse de la ejecución de un mandato constitucional y legal.

Ahora bien, el artículo 75 de la ley 1437 de 2011, dispone:

“ARTÍCULO 75. *Improcedencia. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.”*

Resulta claro que el acto de retiro de la actora del cargo que ocupaba en provisionalidad, es un acto de carácter particular y concreto que no es susceptible de recurso alguno, como quiera que fue expedido con fundamento en el orden establecido por la lista de elegibles de los participantes del concurso de méritos, adelantado para proveer el cargo de Procurador Judicial II en carrera administrativa.

Si el acto administrativo de retiro determinó expresamente que no era susceptible de algún recurso, se entendía agotada la vía administrativa, con lo cual no se comprometió la garantía del debido proceso, en tanto que el acto fue explícito en ese sentido y se dejó abierta entonces la posibilidad de acudir directamente a la administración de justicia, como en efecto lo hizo la demandante.

La aplicación del artículo 67 del CPACA no conlleva a la configuración de alguna causal de nulidad del acto administrativo, en la medida en que su finalidad radica en el conocimiento de la decisión por parte del administrado y los recursos que contra la misma proceden para hacer uso de los mismos, ello a lo sumo, lo habilitaría para que en caso de la omisión de señalarlos por parte de la administración, no inicie a correr el término para su interposición hasta que sea

debidamente notificado o por lo menos no sea exigible su agotamiento para acceder a la jurisdicción.

Empero, en el caso de autos como expresamente el acto acusado refirió que no procedían recursos, no se encuentra situación irregular alguna de tal entidad como para comprometer la legalidad del acto de desvinculación de la actora.

Ahora bien, debe ponerse de presente que las irregularidades en la notificación del acto administrativo no conllevan a la inexistencia o invalidez del acto, sino a su ineficacia “*que se traduce en la imposibilidad de producir los efectos para los que fue proferido, en la medida en que la publicidad del acto deviene un requisito indispensable para que la decisión adquiera el carácter de obligatoria*”¹¹, pero en vista de que los actos acusados produjeron los efectos esperados, esto es, la desvinculación de la demandante y el nombramiento en período de prueba de la persona designada mediante lista de elegibles, es claro que esta omisión tampoco trascendió en la eficacia de la decisión administrativa, a lo cual se suma que la actora en la demanda revela que conoce el acto administrativo, de modo que opera la notificación por conducta concluyente en los términos del artículo 72 del CPACA.

- **Vulneración a la reserva de las pruebas**

La parte actora refiere algunas apreciaciones relativas a que los contenidos de las preguntas fueron divulgados de forma irregular, lo cual se evidenciaba en forma transversal desde la construcción de las preguntas, ya que para su formulación habían participado funcionarios de la Procuraduría General de la Nación.

En el testimonio rendido por la señora Jenny Ariza Ramos, Coordinadora de las Pruebas de Competencias de la Universidad de Pamplona, ante la Procuraduría Cuarta Delegada para la Investigación y el Juzgamiento Penal, dentro de las averiguaciones adelantadas con motivo de escritos anónimos en los que se referían irregularidades en el Concurso de Procuradores Judiciales I y II, destacó lo siguiente (fls. 596-597):

“...he apoyado a la Universidad desde el inicio del proceso, el levantamiento de ejes temáticos con los procuradores delegados, la definición de la metodología para el diseño y elaboración de las pruebas escritas y en todo lo relacionado con la ejecución de la etapa de pruebas. PREGUNTADO: Con qué procuradores delegados y qué trabajo realizó con ellos frente al concurso de procuradores delegados I y II. CONTESTO: Penales con la doctora PAULA RAMIREZ, Ambiental con el doctor OSCAR AMAYA, familia con la doctora ILVA MYRIAM HOYOS, conciliación con el doctor SERRATO, laboral con la doctora MARGARITA OJEDA y restitución de tierras doctor GERMAN ROBLES, el trabajo con ellos se limitó a validar una información que inicialmente había sido levantada por la jefe de carrera ANDREA ALVAREZ en relación con los conocimientos en derecho que debía saber un aspirante a ocupar un empleo de Procurador Judicial I o II. El resultado de esta tarea fue tener una tabla de contenidos con los temas a ser evaluados”.

Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad establecer las aptitudes, habilidades, conocimientos, experiencia y que las condiciones de los aspirantes correspondan con la naturaleza y el perfil de los empleos que deben ser provistos, conforme lo establece el artículo 203 del Decreto Ley 262 de 2000, de modo que no deviene por sí mismo irregular que se hubiere realizado este acompañamiento que se limitó, según el testimonio transcrito, a establecer los conocimientos en derecho que debían poseer los aspirantes que aspiraran al cargo de Procurador Judicial I y II, de modo que no llegó al punto de intervenir en la elaboración del banco de preguntas, ni por el mismo se puede suponer la divulgación de la prueba de conocimientos.

Como lo indicó la actora, la incidencia penal que reviste la presunta filtración de las pruebas escritas en el proceso de selección de Procuradores Judiciales, de acreditarse dicha circunstancia

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00097-01

que no lo está en este proceso, en todo caso ello pertenece al ámbito propio de la investigación penal a cargo de la Fiscalía General de La Nación, radicada con el No. CUI No. 110016000049-2015-16224, por denuncia penal instaurada el 26 de noviembre de 2015 por el delito de cohecho por dar u ofrecer relacionado con el concurso de méritos señalado (fl.593).

Así mismo, dentro de la referida investigación adelantada por las denuncias presentadas, se realizó dictamen grafotécnico con base en el cual se determinó en la Resolución No. 1440 de 2015, desestimar por infundadas las quejas y concluyó al respecto lo siguiente:

“1. No hay prueba que demuestre fallas en la cadena de custodia implementada para garantizar la confidencialidad y reserva de los cuadernillos que contenían las pruebas de conocimientos y psicotécnicas.

2. No hay elementos que prueben que los cuadernillos circularon en fecha anterior al trece (13) de septiembre de 2015. 3. Las reproducciones aportadas como pruebas de las presuntas irregularidades corresponden a material dubitado y no coinciden con las producidas por la empresa de valores Thomas Greg a Sons de Colombia.

4. Los medios de prueba incorporados a la actuación permiten concluir que no es posible que se haya llevado a cabo reunión en el centro comercial Ciudad Jardín Plaza de Cali, en la fecha y hora indicada por el denunciante. anónimo¹².”

Las anteriores conclusiones se encuentran respaldadas con base en las pruebas presentadas y practicadas dentro de la investigación que se adelantó por estos hechos, y al procedimiento establecido en el artículo 214 del Decreto Ley 262 de 2000, que establece:

“ARTÍCULO 214. Investigación por irregularidades. *Cualquier persona, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la ocurrencia del hecho que considere irregular o dentro de los tres (3) días siguientes a la publicación de los listados correspondientes en la realización de un proceso de selección, podrá solicitar por escrito a la Comisión de Carrera, que adelante, en un plazo máximo de diez (10) días, las investigaciones necesarias para determinar su existencia y las circunstancias en las que ocurrió y adopte las medidas pertinentes.*

La petición deberá presentarse en la Oficina de Selección y Carrera o en las procuradurías territoriales y será remitida a la Comisión de Carrera a más tardar el día hábil siguiente a su presentación.

La Comisión de Carrera informará a quien corresponda, de acuerdo con la etapa en que se encuentre el proceso, sobre la iniciación de la investigación que adelante para establecer la existencia de irregularidades en la aplicación de las normas de carrera o en la ejecución de los procesos de selección, para que se suspendan los respectivos trámites administrativos, hasta la ejecutoria de la decisión definitiva. No producirá efectos ninguna actuación administrativa adelantada con posterioridad a dicha comunicación.”

La parte actora refiere que no se respetó el derecho de los denunciados a hacerse parte dentro de la actuación, no obstante, la investigación fue adelantada en razón a los escritos anónimos presentados en el que se adjuntó la copia de un cuadernillo, no se advierte que las conclusiones de dicha investigación fueren caprichosas, en la medida en que son el resultado de las pruebas practicadas, con base en un procedimiento reglado y diseñado para evacuarse de manera expedita por un grupo especial de la Procuraduría General de la Nación.

El hecho de que el cotejo de las piezas allegadas con la denuncia y el cuadernillo original lo hubiere realizado la empresa especializada que fue contratada para la cadena de custodia de las pruebas, no deviene en ilegal la referida investigación.

- **Validación de las pruebas:**

La accionante expuso conforme al concepto psicométrico y técnico jurídico de identificación de falencias para la construcción de las preguntas del concurso, que la prueba de conocimientos no cumplió con las normas relacionadas con la construcción, validación y calibración de las

¹² https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/363%201%20res_1440-2015_investigacion.pdf

preguntas, lo que derivó en problemas estructurales de tipo gramatical, sintáctico y de contenido técnico jurídico.

Al respecto ha de indicarse que dicha inconformidad fue expuesta por la demandante dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho 15001233300020170017700, que actualmente cursa ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, conforme se desprende de la copia de la demanda allegada por la secretaría de dicha corporación.

En ese proceso se pretende obtener la nulidad de la Resolución No. 1441 de 21 de diciembre de 2015, proferida por el Jefe de la Oficina de Selección de Carrera de la Procuraduría General de la Nación, mediante la cual confirmó el puntaje obtenido por la actora en la prueba de conocimientos del proceso de selección para proveer los cargos de Procurador Judicial y, a título de restablecimiento del derecho, declarar que la actora aprobó el examen de conocimientos, se ordene la publicación de los nuevos resultados y se reintegre a la demandante, con el consecuente pago de todos los salarios y prestaciones sociales (fls. 905-989).

En el líbello de la demanda se indica, entre otras circunstancias, lo siguiente (fl. 10 demanda):

“En Conclusión el examen aplicado para la prueba de conocimientos para la convocatoria 006 de 2015 aplicado por la Universidad de Pamplona en desarrollo del contrato adjudicado por la Procuraduría General de la Nación, fue un examen anti técnico, lo cual se puede evidenciar en el concepto técnico de experto allegado con esta solicitud, realizado por el doctor Rodrigo Alfaro Viracachá, el tiempo asignado para desarrollar el total de la prueba no se ajustó a los parámetros establecidos por entidades responsables en la materia, se quiso básicamente agotar a los participantes con preguntas complejas, mal formuladas, mal calibradas y mal estructuradas, con múltiples opciones de respuesta, lo cual puede evidenciarse luego de acceder a los cuadernillos de preguntas, y compararlos con el informe técnico del mencionado profesional...”

Considera el Despacho que este cargo de nulidad incide directamente en la prueba de conocimientos desarrollada por la actora, materia que es objeto de estudio en el proceso en el cual fue demandada la nulidad del acto que resolvió la reclamación contra la calificación obtenida en dicha prueba por la accionante, actualmente tramitado por el superior funcional, de modo que en este proceso no corresponde emprender dicho análisis en la medida en que el acto que confirmó el puntaje obtenido por la actora no es objeto de control de legalidad en el *sub examine*.

- **La desvinculación de la actora desconoció el fuero sindical que la amparaba y no se obtuvo la autorización judicial**

La parte demandante aportó certificación de la Coordinadora del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de Trabajo, en la que certifica que aparece inscrita y vigente la Organización Sindical denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES Y PROCURADORES JUDICIALES DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION "SINTRAPROJUDICIALES", de primer grado y de empresa, con acta de constitución No. 010 del 21 de junio de 2016 (cd. subsanación de la demanda).

No obstante que no se aportó al plenario la certificación en la que conste que la actora hace parte de dicha organización sindical, lo cual de por sí daría lugar a despachar negativamente el cargo formulado, en todo caso existen otros argumentos que conllevan a idéntica conclusión como los que procede a sustentar en seguida el despacho.

Tal y como se refirió en el marco normativo y jurisprudencial expuesto, en virtud del artículo 24 del Decreto 760 de 2005, el retiro de los empleados amparados con fuero sindical no requiere de autorización judicial, cuando: a) No superen el período de prueba, b) Los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él y c) Los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, citadas en precedencia, el retiro de los empleados públicos con nombramiento provisional que tienen fuero sindical no requiere autorización judicial, cuando se trate de proveer el cargo con quien ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, pudiendo ser retirado del servicio por parte de la administración mediante resolución que debe ser motivada, considerando que la decisión no se produce por causas arbitrarias sino en cumplimiento del proceso de selección para el ingreso a la función pública.

Cabe anotar que si bien el Decreto aludido, establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones, la Corte Constitucional en la sentencia C-1119 de 2005, citada en líneas anteriores, plantea la sub-regla jurisprudencial atinente a que el retiro de los empleados públicos amparados con fuero sindical, no requiere autorización del juez del trabajo, sin hacer distinciones entre los que pertenecen al régimen general o a sistemas especiales de carrera administrativa, pues a juicio de la corporación:

*El despido del trabajador sin calificación judicial previa, que desempeña el cargo en provisionalidad y se encuentra amparado con el fuero sindical ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de esta Corporación, **en los cuales se ha sostenido que no es necesario acudir a la autorización judicial para retirar a un empleado con fuero, pues las consecuencias jurídicas relacionadas con la relación o vínculo laboral se predicán de una definición legal de carácter general, como lo es el hecho de no haber superado las condiciones objetivas que le permiten acceder a cargos de carrera administrativa mediante la superación del proceso de selección.** Con todo, ello no significa que el despido en estos casos no deba ser precedido de un acto administrativo motivado que pueda ser controvertido, a fin de evitar el eventual menoscabo de alguno de los derechos fundamentales de los servidores públicos.*

Entre los pronunciamientos a que se refiere la cita jurisprudencial, se encuentran las sentencias T-1164 de 2001 y T-002 de 2002, en las cuales se planteó idéntica postura en el caso de los empleados de la rama judicial, que se encuentran gobernados por un régimen especial de carrera administrativa al igual que los pertenecientes a la Procuraduría General de la Nación, y respecto de aquéllos consideró la Corte sobre este tópico en particular, lo siguiente:

El fuero sindical es un mecanismo establecido primariamente en favor del sindicato, y sólo secundariamente para proteger la estabilidad laboral de los representantes de los trabajadores. No es que se consolide en forma absoluta la “inexistencia” del fuero sindical para los servidores judiciales cuando éstos hayan sido nombrados en provisionalidad, como categóricamente se intitula la Circular en cita, sino que éste no nace a la vida jurídica cuando se pretende desvincular al funcionario o empleado provisional porque debe proveerse el cargo acudiendo a la lista de elegibles mediante la cual culminó el concurso de méritos, puesto que, como bien se puntualiza el aludido texto, en tal evento no se configura el despido sin justa causa y, por ende, no hay lugar a la calificación previa del juez del trabajo.

En el segundo de los fallos citados, se plantea idéntica postura¹³, al argüir la corporación:

Para la Sala es clara la inexistencia de fuero sindical frente a los derechos de quien participó en un proceso de selección y obtuvo el primer lugar. Esta Corte señala que en ningún momento se está desconociendo la libertad de asociación, o se está produciendo un despido injusto de quien ocupa el cargo en provisionalidad, simplemente se da prevalencia a la culminación de un proceso previsto en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia para la provisión en propiedad de un cargo de carrera, circunstancia que permite que quien ocupaba el cargo en provisionalidad, cese en el ejercicio de sus funciones.

¹³ Reiterada posteriormente en la sentencia T-746 de 2003.

En ese orden de ideas, en vista de la vinculación provisional de la accionante en el cargo de Procurador Judicial II, es claro que se hallaba en condición de transitoriedad, de suerte que gozaba solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se designara la persona que se encontrara en la respectiva lista de elegibles como consecuencia del concurso público de méritos, de allí que el fuero sindical del cual señala haber estado amparada que, se insiste, no se encuentra probado en el *sub lite*, no se constituya en impedimento para que la entidad a través del acto administrativo demandado, procediera a nombrar a la persona que en virtud del principio del mérito, gozaba del legítimo derecho a ocuparlo.

CONCLUSIÓN

Habida cuenta que los argumentos expuestos por la parte demandante fueron desestimados en su totalidad, al no encontrarse que el acto administrativo enjuiciado hubiese sido proferido con infracción a las normas en que debía fundarse, sin competencia o de forma irregular, o con desviación de las funciones propias de quien lo profirió, el Despacho concluye que no hay lugar a aplicar el control por vía de excepción estipulado en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, por consiguiente, no accederá a inaplicar el acto administrativo enjuiciado.

De conformidad con lo anterior, es claro que tampoco es procedente retirar del ordenamiento jurídico los Decretos Nos. 3276 y 3910 de 08 de agosto de 2016, frente a la desvinculación de Clara Piedad Rodríguez Castillo, se debe precisar que en virtud de los efectos *erga omnes* de la sentencia de constitucionalidad, y lo dispuesto en el artículo 186 del Decreto Ley 262 de 2000, el nombramiento que ostentaba el demandante pasó de ser de libre nombramiento y remoción a provisional, y en esa medida la terminación del mismo fue ajustada a derecho, porque aconteció como resultado de la designación de la persona que superó todos las etapas del concurso de méritos y seguía en turno en la correspondiente lista de elegibles.

Por las anteriores razones, se negarán las pretensiones de la demanda.

4.- COSTAS

Guiado el Juzgado por el criterio objetivo valorativo para la imposición de costas procesales, esbozado entre otras providencias en la sentencia de 7 de abril de 2016, emitida por el Consejo de Estado, con ponencia del doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso radicado 1291-2014 y aplicándolo al presente asunto, considera el Despacho que hay lugar a su imposición, pues al margen de cualquier consideración subjetiva en torno al comportamiento de las partes, es evidente que la parte vencedora ha tenido que incurrir en gastos de defensa judicial, expresados tanto en recursos físicos, como en la contratación de apoderado para la adecuada defensa de sus intereses.

Conforme al artículo 361 del CGP, que dispone que las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho, se condenará en costas a la demandante y en favor de las accionadas en partes iguales.

En consecuencia, se imponen por agencias en derecho el 3% de la estimación razonada de la cuantía (fl.76), de conformidad con lo establecido en el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, esto es, por dos millones setecientos nueve mil pesos (\$2.709.000), las cuales se liquidarán de conformidad con lo establecidos en los artículos 365 y 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por **CLARA PIEDAD RODRÍGUEZ CASTILLO**, en contra de la **Procuraduría General de la Nación**, de conformidad con las exposiciones de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora y en favor de la Procuraduría General de la Nación. Para el efecto se fijan como agencias en derecho la suma de dos millones setecientos nueve mil pesos (\$2.709.000), equivalentes al 3% de la estimación razonada de la cuantía, valor que se tendrá en cuenta por parte de la Secretaría al momento de liquidar las costas procesales.

TERCERO: Ejecutoriado este fallo, **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias que sean necesarias. Si existen remanentes devuélvanse a la parte que corresponda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Firmado Por:

**JAVIER LEONARDO LOPEZ HIGUERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 010 ADMINISTRATIVO DE TUNJA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **770ebe1533cff9478f851decdbd5a050a801a700a2357efdcea18be92cbacda96**
Documento generado en 29/01/2021 03:57:08 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**