

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Providencia cuestionada incurrió en defecto sustantivo / DEFECTO SUSTANTIVO - Tribunal interpretó de manera errónea la normatividad aplicable a un nombramiento en la Defensoría del Pueblo en virtud de lista de elegibles / VULNERACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD, AL TRABAJO Y DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Defensoría del Pueblo negó la solicitud de vinculación de la actora exigiéndole una carga que no está prevista en la ley o la jurisprudencia

En el escrito de alzada, la impugnante alude que la sentencia C-319 de 2010 de la Corte Constitucional, que sirvió de fundamento para amparar los derechos fundamentales de la actora, no emitió pronunciamiento alguno respecto a la vigencia de la lista de elegibles (6 meses), por tanto, como al momento en que la actora solicitó ser nombrada, la lista ya no se encontraba vigente, no era procedente su vinculación a la entidad... La Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander, en la providencia objeto de controversia, advirtió el cambio jurisprudencial que respecto de dicha norma fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-319 de 2010, en el sentido de precisar que es deber del Defensor del Pueblo nombrar en los cargos vacantes que no fueran ofrecidos en el concurso a quienes sigan en turno en la lista de elegibles... Sin embargo, como acertadamente lo indicó la Sección Cuarta de esta Corporación en primera instancia, la interpretación de la autoridad judicial accionada no fue acertada, toda vez que para que proceda el nombramiento en la Defensoría del Pueblo, en virtud de una lista de elegibles, no se requiere que el interesado eleve una solicitud, como así lo afirmó la providencia de censurada, toda vez que ni la ley o la jurisprudencia en cita previeron tal situación como requisito para proveer la vacante... De conformidad con lo anterior, la Defensoría del Pueblo debió acudir a la lista de elegibles para proveer las vacantes que se generaron durante los seis meses de vigencia de la lista y no negar la solicitud de vinculación de la actora y trasladarle una carga que, se repite, ni la ley o la jurisprudencia prevén, esto es, que medie solicitud presentada durante la vigencia de la lista, máxime si se tiene en cuenta que ella ostentaba mejor derecho que el referido señor J.V.P., por haber quedado de octava en la lista de elegibles, por lo que debió notificar primero a la actora sobre la vacante existente antes de proceder al nombramiento del señor.

FUENTE FORMAL: LEY 201 DE 1995 - ARTICULO 145

NOTA DE RELATORIA: Mediante sentencia C-319 de 2010 la Corte Constitucional estudió la exequibilidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, relacionado con la lista de elegibles para proveer cargos de carrera administrativa en propiedad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03157-01(AC)

Actor: DORA DEL PILAR NAVARRO MANCILLA

Demandado: SUBSECCION DE DESCONGESTION DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

La Sala decide la impugnación interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra la sentencia de 25 de febrero de 2016, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que: **(i)** amparó los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y el principio constitucional al mérito de la accionante y, en consecuencia, **(ii)** dejó sin efecto la sentencia de 24 de agosto del 2015, proferida por la Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander, y **(iii)** ordenó a la autoridad judicial accionada que proferiera una nueva providencia de segunda instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que la tutelante promovió contra la Defensoría del Pueblo y que se tramitó con el radicado 68001-33-31-007-2011-00230-01.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

Con escrito radicado el 17 de noviembre de 2015¹, en la Secretaría General del Consejo de Estado, la señora Dora del Pilar Navarro Mancilla ejerció acción de tutela contra la Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander, con el fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo, de acceso a la administración de justicia y *“a no ser discriminada como mujer”*.

Tales derechos los consideró vulnerados con ocasión de la providencia de 24 de agosto de 2015, por medio de la cual la Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander revocó la sentencia de primera instancia del Juzgado 7º Administrativo de Descongestión de Bucaramanga, que había accedido a las pretensiones de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que la tutelante promovió contra la Defensoría del Pueblo y que se tramitó con el radicado 68001-33-31-007-2011-00230-01.

¹ Folios 1 al 30 del expediente.

1.2. Hechos

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

- Mediante Acuerdo 040 del 31 de marzo de 2009, se convocó a concurso de méritos con el fin de proveer en la Defensoría del Pueblo siete cargos de Profesional Administrativo y de Gestión, Código 3040, Grado 19 para la regional Santander.
- La actora superó todas las etapas del concurso y ocupó el puesto octavo de la lista de elegibles, lo cual no le permitía ingresar a la referida regional.
- Resaltó que, tiempo después, se enteró de que, además de los siete cargos que se ofertaron, en dicha entidad había dos cargos similares que no se incluyeron en la oferta, pese a que se encontraban vacantes. Sostuvo que en los dos cargos vacantes se nombraron a personas que habían quedado, puestos atrás a la actora, en la lista de elegibles, por lo que pidió a la Defensoría del Pueblo que se le nombrara, solicitud que fue negada por medio de Oficio del 4 de abril de 2011, con el argumento de que la lista de elegibles no se encontraba vigente.
- En vista de lo anterior, la actora ejerció demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Defensoría del Pueblo, en la que solicitó la nulidad del referido Oficio y que, en consecuencia, se procediera a vincularla al cargo de Profesional Administrativo y de Gestión, Código 3040, Grado 19, de la Regional Santander de esa entidad.
- El Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Bucaramanga, en sentencia de 30 de septiembre de 2014, anuló el acto administrativo demandado y ordenó nombrarla en el cargo antes mencionado por tener mejor derecho que las personas que fueron designadas en los dos cargos restantes.
- La Defensoría del Pueblo interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, el cual fue resuelto por la Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander que, en sentencia de 24 de agosto de

2015, revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, bajo la consideración de que la lista de elegibles para el cargo de Profesional Administrativo y de Gestión, Código 3040, Grado 19, no se encontraba vigente.

1.3. Fundamentos de la acción de tutela

La tutelante consideró vulnerados sus derechos fundamentales por parte de la Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander porque la sentencia de 24 de agosto de 2015 incurrió en:

1- Defecto sustantivo, por cuanto la sentencia controvertida se fundamentó en una interpretación evidentemente irrazonable de las normas aplicables al caso, toda vez que se desconocieron los efectos *erga omnes* y la cosa juzgada constitucional, frente a lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-319 de 2010, y por cuanto el fallo controvertido se apartó de la literalidad del Art. 145 de la Ley 201 de 1995.

2- Defecto fáctico porque se valoraron erradamente las pruebas que reposaban dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales demostraban que la Defensoría del Pueblo omitió comunicarle a la actora sobre la vacante y el derecho que tenía a ocuparla por quedar en el puesto octavo en la lista de elegibles.

3- Desconocimiento del precedente, al respecto el actor se limitó a citar que las autoridades judiciales desconocieron las siguientes providencias; sentencias T-156 de 2012 de la Corte Constitucional, 78.147 de 2015 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia de tutela de 12 de septiembre de 2013 de esta Sección.

1.4. Pretensiones

Presentó la siguiente:

*“Honorable Magistrado, con fundamento en los hechos narrados y en las consideraciones expuestas, le solicito a usted respetuosamente TUTELAR en mi favor **DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, DIGNIDAD HUMANA, IGUALDAD, AL TRABAJO, AL***

ACCESO AL CARGO PUBLICO, A NO SER DISCRIMINADA COMO MUJER, AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, y ordenar al TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTION DE SANTANDER, DEJAR SIN NINGUN VALOR NI EFECTO la sentencia proferida el día 24 de agosto de 2015, por ese Tribunal y en su lugar CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DE BUCARAMANGA de fecha 30 de septiembre de 2014.”

1.5. Trámite de la acción de tutela

Mediante auto de 19 de noviembre de 2015², se admitió la demanda de tutela y se ordenó notificar a la parte demandante, a los magistrados de la Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander y a la Defensoría del Pueblo en calidad de tercera con interés directo en las resultas del proceso.

1.6. Contestación a la solicitud de tutela

La Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander solicitó que se negaran las pretensiones de la acción de tutela. Al respecto, aludió que para tomar la decisión censurada se realizó un análisis razonable de las pruebas recaudadas, valorándolas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin que se observe que en ella haya incurrido en errores procedimentales o fácticos.

Sostuvo que en el asunto no se desconoció la sentencia C-319 de 2010, de la Corte Constitucional, pues la accionante debía elevar oportunamente una petición para acceder al nombramiento como empleada de carrera, tal como lo hizo quien ocupó el noveno lugar en el concurso y fue efectivamente designado y no cuando ya había culminado el término de vigencia de la lista de elegibles.

1.7. Intervención de los terceros interesados

La Defensoría del Pueblo solicitó que se le desvinculara del proceso de la referencia, toda vez que dicha Entidad carece de legitimación en la causa por pasiva, pues dentro de las funciones de esta no se encuentra la de proferir decisiones judiciales.

1.7. La sentencia impugnada

² Folio 33.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia de 25 de febrero de 2016³: **(i)** amparó los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y el principio constitucional al mérito de la accionante y, en consecuencia, **(ii)** dejó sin efecto la sentencia de 24 de agosto del 2015, proferida por la Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander, y **(iii)** ordenó a la autoridad judicial accionada que profiriera una nueva sentencia de segunda instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que la tutelante promovió contra la Defensoría del Pueblo y que se tramitó con el radicado 68001-33-31-007-2011-00230-01.

Para arribar a lo anterior la Sección Cuarta concluyó que:

“si bien la autoridad judicial accionada analizó las normas y jurisprudencia aplicables al caso, su interpretación no fue acertada, toda vez que para que proceda el nombramiento en la Defensoría del Pueblo, en virtud de una lista de elegibles, no se requiere que el interesado eleve una solicitud, como así lo afirma la providencia censurada, como si esto fuera un requisito dispuesto en la Ley 201 de 1995 y en la sentencia de la Corte Constitucional [C-319 de 2010], cuando lo único que se requiere para el efecto es que exista una vacante similar a los cargos ofertados en el concurso y que la lista se encuentre vigente.”

1.8. La impugnación

Inconforme con lo anterior, la Defensoría del Pueblo impugnó y solicitó revocar la sentencia de tutela de primera instancia.

En concreto, la tercera con interés aludió que la sentencia C-319 de 2010 de la Corte Constitucional no emitió pronunciamiento alguno respecto a la vigencia de la lista de elegibles (6 meses). Por tanto, como al momento en que la actora solicitó ser nombrada, la lista ya no se encontraba vigente, no era procedente su vinculación a la entidad y sí la del señor Juan Villareal Pava, quien quedó noveno en la lista y presentó su solicitud dentro de la vigencia de esta.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

³ Folios 58 al 67 del expediente.

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada por la Defensoría del Pueblo contra la decisión de la Sección Cuarta de esta Corporación, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991, 1069 de 2015, y en el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.2. Cuestión Previa

En el presente asunto, la Defensoría del Pueblo, en el escrito de intervención presentado en primera instancia, señaló que no fue la autoridad que dictó la providencia que se controvierte, toda vez que tal labor no se encuentra dentro de sus funciones.

Tal argumento es tendiente a que se declare su falta de legitimación en la causa por pasiva. Sin embargo, esta no se declarará, pues esta Sala precisa que su vinculación en el presente asunto se debe a su posible interés en las resultas del presente asunto como tercera, mas no como autoridad contra la cual esté dirigida la acción de amparo.

En efecto, su vinculación obedeció a que la Defensoría del Pueblo actuó como parte demandada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que se tramitó con el radicado 68001-33-31-007-2011-00230-01 y que dio origen a la providencia que se controvierte.

En consecuencia, y en atención a que este presupuesto procesal de la acción no fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sección Cuarta, en la parte resolutive de este fallo se adicionará la sentencia impugnada en el sentido de negar la solicitud de desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva, en lo que corresponde a la Defensoría del Pueblo.

2.3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se confirma, revoca o modifica la sentencia de primera instancia, dictada por la Sección Cuarta de esta Corporación.

Para resolver este problema se analizarán los siguientes aspectos: **i)** criterio de la Sala sobre procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial y **ii)** análisis del caso concreto, en donde se determinará, de conformidad con los argumentos expuestos en el escrito de impugnación, si la Sección Cuarta, en primera instancia, interpretó correctamente o no la sentencia C-319 de 2010 de la Corte Constitucional, que sirvió de fundamento para amparar los derechos fundamentales de la actora.

2.4. La procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente⁴, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos éstos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012⁵ **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema⁶.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁷.

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

⁴ Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro.

⁵ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

⁶ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

⁷ Se dijo en la mencionada sentencia: “**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia.

*ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.***⁸ (Negrilla fuera de texto)

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los **“fijados hasta el momento jurisprudencialmente”**.

Al efecto, en virtud de reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014⁹, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

⁸ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹⁰ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, la solicitud de tutela deberá cumplir con unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Ahora bien, comoquiera que la primera instancia ya analizó los requisitos de procedibilidad adjetiva, y en consideración a que ello no fue materia de impugnación, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, en donde, para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Con fundamento en las anteriores directrices, se entrará a estudiar el caso de la referencia.

2.5. Análisis del caso concreto

En el escrito de alzada, la impugnante alude que la sentencia C-319 de 2010 de la Corte Constitucional, que sirvió de fundamento para amparar los derechos fundamentales de la actora, no emitió pronunciamiento alguno respecto a la vigencia de la lista de elegibles (6 meses), por tanto, como al momento en que la

¹⁰ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

actora solicitó ser nombrada, la lista ya no se encontraba vigente, no era procedente su vinculación a la entidad.

Al respecto, esta Sección observa que el artículo 145 de la Ley 201 de 1995, establece lo siguiente:

“ARTICULO 145. *Lista de Elegibles. La lista de elegibles se establecerá por resolución y de acuerdo con los resultados del concurso, tomando los candidatos aprobados y en riguroso orden de mérito. La lista de elegibles tendrá vigencia hasta de seis (6) meses y con las personas que figuren en ella se deberán proveer las vacantes que se presenten en los cargos para los cuales se conformó. También podrá utilizarse esta lista para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-319 de 2010”.*

La Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander, en la providencia objeto de controversia, advirtió el cambio jurisprudencial que respecto de dicha norma fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-319 de 2010, en el sentido de precisar que es deber del Defensor del Pueblo nombrar en los cargos vacantes que no fueran ofrecidos en el concurso a quienes sigan en turno en la lista de elegibles.

El Tribunal accionado revocó la decisión de primera instancia del proceso ordinario al considerar, en la providencia de 24 de agosto de 2015, que el señor *“Villareal Pava quien ocupó el noveno puesto en el concurso de la Defensoría, el día 29 de junio de 2010, es decir, cuando aún se encontraba vigente la lista de elegibles, solicitó que fuera nombrado en el cargo de carrera denominado Profesional Administrativo y Gestión, código 3040, grado 19 en la Defensoría del Pueblo – Regional Santander a la cual no se accedió, por lo cual elevó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría en la cual se llegó a un acuerdo conciliatorio el 2 de febrero de 2011 y es en últimas designado en el cargo para cual aspiraba; sin embargo la demandante, Dora del Pilar Navarro Mancilla solamente hasta el 15 de marzo de 2011, elevó solicitud de nombramiento, cuando ya no estaba vigente la lista cuya vigencia se extendió hasta el 17 de agosto de 2010.”.*

Sin embargo, como acertadamente lo indicó la Sección Cuarta de esta Corporación en primera instancia, la interpretación de la autoridad judicial accionada no fue acertada, toda vez que para que proceda el nombramiento

en la Defensoría del Pueblo, en virtud de una lista de elegibles, no se requiere que el interesado eleve una solicitud, como así lo afirmó la providencia de censurada, toda vez que ni la ley o la jurisprudencia en cita previeron tal situación como requisito para proveer la vacante, por el contrario, la sentencia C – 319 de 2010, dispuso lo siguiente:

(...)

a. Una interpretación conforme con la Constitución de la expresión “También podrá utilizarse esta lista para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación”, del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, indica que se trata de la provisión de cargos de carrera administrativa en propiedad.

b. El nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer un cargo de grado y denominación iguales para el cual se abrió originalmente el concurso de méritos. Lo anterior, bien entendido, durante el tiempo de vigencia de la lista de elegibles (6 meses).

c. Por el contrario, el nominador no podrá acudir a la mencionada lista de elegibles, a efectos de proveer en propiedad vacantes que se presenten durante la vigencia de la lista de elegibles (6 meses) en cargos de inferior grado pero con igual denominación. Por el contrario, podrá emplear la mencionada lista durante la vigencia de ésta para proveer en provisionalidad las vacantes que se presenten en tales cargos, mientras se realiza un nuevo concurso de méritos.”

De conformidad con lo anterior, **la Defensoría del Pueblo debió acudir a la lista de elegibles para proveer las vacantes que se generaron** durante los seis meses de vigencia de la lista y **no negar la solicitud de vinculación de la actora y trasladarle una carga que, se repite, ni la ley o la jurisprudencia prevén, esto es, que medie solicitud presentada durante la vigencia de la lista,** máxime si se tiene en cuenta que ella ostentaba mejor derecho que el referido señor Juan Villareal Pava, por haber quedado de octava en la lista de elegibles, por lo que debió notificar primero a la actora sobre la vacante existente antes de proceder al nombramiento del señor Villareal.

Conforme con todo lo anterior, esta Sala considera que los argumentos expuestos por la tercera con interés no son de recibo para revocar la decisión del *a quo* y, por ello, hay lugar a confirmar el fallo de tutela de primera instancia, proferido por la Sección Cuarta, de acuerdo con las consideraciones expuestas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Quinta,

Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: ADICIONAR la decisión de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de 25 de febrero de 2016, en el sentido de **NEGAR** la solicitud de desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de la Defensoría del Pueblo, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la decisión de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de 25 de febrero de 2016, de acuerdo a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Ausente con excusa

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

ALBERTO YEPES BARREIRO