

ACCIÓN DE TUTELA EN CONCURSO DE MÉRITOS / CONCURSO DE MÉRITOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / ORDEN DESCENDENTE EN NOMBRAMIENTO DE INTEGRANTE DE LISTA DE ELEGIBLES - No debe alterarse / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHOS FUNDAMENTALES

[E]s procedente confirmar la negativa del amparo (...) el actor se encontraba ubicado en el puesto No. 216 del registro de elegibles. La entidad informó que el orden de elegibilidad -tras la primera etapa de nombramientos- recae en el concursante No. 208. Ninguno de dichos aspectos fue cuestionado expresamente por el [actor]. En esta medida, existen 8 posiciones con un mejor derecho respecto de quien acude ahora en sede de tutela, a pretender de forma expresa que se ordene a la Procuraduría General de la Nación, su nombramiento como procurador judicial II en asuntos penales, sin que exista un elemento de juicio que permita desconocer el citado orden de elegibilidad (...) puede ser posible, que quienes hayan sido nombrados, pero no aceptaron tal designación o no lograron adelantar la diligencia de posesión por razones ajenas a su voluntad, no sean excluidos de la referida lista de elegibles, conservando aún su derecho privilegiado frente al tutelante (...) la entidad accionada, a la fecha de la sentencia de primera instancia, (...) se encontraba en los trámites administrativos necesarios para establecer el nuevo orden de elegibilidad y proceder con la realización de la segunda fase de nombramientos, aspecto que indica que a la fecha, aún no existe certeza alguna sobre si al actor le corresponde el derecho a ser designado en las vacantes existentes (...) cualquier orden tutelar que se emita en el presente caso, implicaría desconocer que para el efecto de la lista de elegibles, existen personas con mejor derecho que él, siendo la administración la que, atendido las normas y reglas de la convocatoria, determine el orden de elegibilidad tras verificar las situaciones administrativas que se presenten respecto de la lista.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86 / LEY 262 DE 2000 - ARTÍCULO 216 / DECRETO 2591 DE 1991 / CONVOCATORIA 004-2015 DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / RESOLUCIÓN 357 DE 2011 DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia aborda el tema de la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se trata de atacar las decisiones y el trámite proferido al interior de concursos de méritos. Así mismo alude al tema de la consolidación del derecho a ser nombrado en desarrollo del principio del mérito, derivado de la lista de elegibles, al respecto consultar la sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, de la Corte Constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAUJO OÑATE

Bogotá, D.C., nueve (09) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05601-01(AC)

Actor: GUILLERMO SANABRIA CRUZ

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde a la Sala resolver la impugnación presentada por el accionante en contra de la decisión del 6 de octubre del 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D”, negó el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito radicado el 22 de noviembre del 2016¹ en la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el señor Guillermo Sanabria Cruz, actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra de la Procuraduría General de la Nación, con el fin de obtener la protección a sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, y de “ACCESO A UN CARGO PÚBLICO”.

Las citadas prerrogativas las consideró vulneradas, en tanto solicitó a la entidad accionada, ser nombrado en una de las vacantes para el cargo de Procurador Judicial II en Asuntos Penales, petición que fue negada.

A título de amparo constitucional solicitó:

“1. Se tutelen de manera inmediata mis derechos fundamentales al debido proceso, acceso a un cargo público, igualdad, y los demás que resulten vulnerados.

2. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN que en el término razonable, que no podrá ser superior a 10 días, se proceda a designar al suscrito accionante en el cargo de PROCURADOR (sic) JUDICIAL II, asuntos Penales (sic), convocatoria 04 de 2015, en una de las plazas inicialmente elegidas por el suscrito, o de no ser ello posible, en alguna vacante disponible, ofertada dentro del concurso, sin perjuicio de reservar vacante a quienes me preceden en la lista de elegibles.

¹ Folio 1.

3. Se requiera a la nominadora Procuraduría General de la Nación, para que se abstenga de seguir vulnerado derechos fundamentales a los concursantes, y como consecuencia de ello, proceda a realizar nombramientos en las demás vacantes ofertadas en la convocatoria 04, utilizando para ello el respectivo registro de elegibles.”²

Como sustento de su pretensión de amparo, indicó que una vez superadas las etapas de la convocatoria No. 04 de 2015, por medio de la cual se ofertaron los cargos de Procurador Judicial II en Asuntos Penales, lo que implica que se conformó la lista de elegibles (Resolución No. 357 del 11 de julio del 2016), el día 19 de agosto del mismo año “se realizaron 208 nombramientos para ocupar el referido cargo”.

Alegó que con posterioridad a ello, “varios de los nombrados no aceptaron el nombramiento”, y otros “pidieron prórroga para efectos de tomar posesión del cargo, pero finalmente algunos declinaron o no se posesionaron”.

Indicó que solicitó, con escrito del 28 de septiembre del 2015, ser nombrado en una de las vacantes disponibles tras la no aceptación del nombramiento efectuado, petición que fue negada por la Procuraduría General de la Nación, ello a pesar de haber ocupado el actor el puesto No. 216 de la lista de elegibles, posición que a su juicio le permite acceder a una de las vacantes arriba referidas.

Criticó que el motivo para la negativa de su requerimiento, se fundamentara en que debe esperarse a que se termine el período de prueba de quienes aceptaron el nombramiento en dicho cargo, en tanto estimó que los nombramientos deben ser inmediatos, a saber, tan pronto surja la vacante, siempre y cuando la persona se encuentre en una posición privilegiada de la lista de elegibles que le permita acceder a la misma.

Resaltó que no resulta de recibo el argumento expuesto por la entidad en su contestación, en tanto señala que el nombramiento en las vacantes ha obedecido a órdenes de jueces de tutela, situación que no justifica la negativa toda vez que dichas decisiones han sido claras en indicar que no se pueden afectar los derechos de quienes integran la lista de elegibles.

² Folio 8. Reverso.

Concluyó señalando lo siguiente:

“Lo cierto es que a la Procuraduría le está vedado hacer nombramientos provisionales o de otra naturaleza diferentes a designaciones en periodo de prueba con personas que no hacen parte de la lista de elegibles, hasta tanto no se supere su vigencia (que es de dos años) o se agote la lista, caso que no ha pasado en la convocatoria 04 de 2015, ya que la resolución que conformó la lista de elegibles (Resolución 357 del 11 de julio del 2016), aún se encuentra vigente y varios de los 208 cargos ofertados se encuentran vacantes porque algunos de los nombramientos simplemente no aceptaron o no se posesionaron, por ende, se repite, estas vacantes deberán proveerse en estricto orden con los elegibles que aún no hemos sido nombrados y que conformamos la aludida lista”.

En relación con lo que denominó *“la obligatoriedad del uso de la lista de elegibles mientras subsista su vigencia”*, trajo colación el contenido de la sentencia T-819 de 2012, que, indicó, *“alude a la sentencia de unificación 446 de 2011”*.

2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encuentra acreditados los siguientes **hechos relevantes** a efectos de la decisión que se ha de adoptar:

- De conformidad con lo ordenado por la Corte Constitucional en sentencia C-101 del 2013, la Procuraduría General de la Nación, a través de la Resolución No. 040 de 2015, dio apertura al concurso de méritos para proveer, entre otros, 427 cargos de procurador judicial II.
- Dentro del referido concurso, se dio apertura a la convocatoria No. 004-2015, para proveer el cargo de procurador judicial II en asuntos penales, en la cual, a través de la Resolución No. 357 del 11 de julio del 2016, se fijó el correspondiente registro de elegibles.
- El actor ocupó el puesto No. 216 en la referida lista, de 208 vacantes ofertadas.

- En oficio No. 005473 del 3 de octubre del 2016³, la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación, da respuesta a una petición elevada por el aquí tutelante, en donde, en síntesis, le informó lo siguiente:

Frente a la pregunta, *“cuántos de los 208 nombrados para ocupar el cargo de Procurador Judicial II (Asuntos Penales) no aceptaron esa designación”*, se indicó que un total de 5 personas están en dicha situación.

En relación con la petición de información, relacionada con señalar *“cuántos aceptaron, pero pidieron prórroga para tomar posesión del cargo”*, se señalaron un total de 24 nombres.

La entidad a su vez indicó, que ante la pregunta relacionada con indicar que, una vez efectuado el trámite de la posesión del cargo, *“cuántos cargos quedan vacantes a efectos de ser cubiertos con el listado de elegibles (...)”*, debía indicarse que *“a la fecha no existe un número de vacantes determinado, toda vez que la dependencia encargada para ello, se encuentran (sic) consolidando el listado de nombramientos, posesiones y habrá que tenerse en cuenta incluso las evaluaciones de los períodos de prueba”*. Se precisó que, *“una vez se recomponga la lista se continuará su agotamiento en los términos del artículo 216 del Decreto 2062 de 2000”*.

Finalmente, ante la pregunta de *“cuál es el término razonable que se tiene previsto por la Procuraduría General de la Nación para expedir y comunicar los nombramientos en propiedad de los cargos vacantes existentes dentro de la convocatoria 04 de 2015”*, se le responde que de conformidad con el artículo 216 del Decreto 262 de 2000, el acto administrativo que configura el registro de elegibles, tiene una vigencia de dos años.

- Con oficio del 19 de octubre del 2016, identificado con el número 005835⁴, la Secretaría General de la entidad accionada, dio respuesta a la solicitud elevada por el actor en el sentido de ser nombrado en una de las vacantes para el cargo de procurador judicial II en asuntos penales, en los siguientes términos:

³ Folio 10.

⁴ Folio 9.

“La Procuraduría General de la Nación, terminada la etapa de nombramientos de los concursantes que ocuparon los primeros lugares en las listas de elegibles en la Convocatoria para proveer los cargos de Procuradores Judicial I y II, le corresponde llevar a cabo la consolidación general de la información, entre cuyos aspectos se debe establecer los empleados que quedaron provistos en período de prueba, el nuevo orden de elegibilidad de cada lista de elegibles, pues los concursantes nombrados deben ser excluidos de estas, a menos que hayan aceptado o no se hayan posesionado por razones ajenas a su voluntad, incluso será necesario precisar cuáles de las personas designadas superan o no el período de prueba.

Con dicha información, la cual resulta fundamental para el proceso de selección en curso, procede el adelantamiento de la siguiente etapa de nombramientos, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso sexto del citado artículo 216 del Decreto 262 de 2002, en la que se debe determinar en cada caso concreto la viabilidad jurídica de la designación conforme a las reglas que contempla dicho decreto.

A este último respecto, es importante mencionar que el proceso de selección de personal de las Convocatorias se cumple de modo general y simultáneo para todas las listas vigentes, en tanto se requiere información que conlleve absolutamente al respecto de los derechos de todos los integrantes de aquellas, sin que, por la aplicación de alguna lista pudieren verse vulnerados los de otras personas.”

3. Actuaciones procesales relevantes

3.1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 24 de noviembre del 2016⁵, el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admitió la demanda de tutela de la referencia, ordenando la notificación de la entidad accionada.

Adicionalmente, solicitó a la Procuraduría General de la Nación, informe sobre “(i) cuántos de los empleos ofertados para ocupar el cargo de Procurador Judicial II

⁵ Folio 15.

de la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales dentro de la Convocatoria No. 004 de 2015, quedan vacantes para efectos de ser provistos con la lista de elegibles conformada mediante Resolución 357 de 11 de julio del 2016, así como los nombres de las personas que siguen en turno para posible nombramiento en tal cargo; y (ii) la forma en la que se encuentran provistos los 208 empleos ofertados mediante la Convocatoria No. 004 de 2015”

De otra parte, se tuvo como terceros vinculados a los integrantes de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 357 de 2016, por lo que ordenó la publicación del auto admisorio y de la demanda de tutela, en la página web de la Procuraduría General de la Nación⁶.

3.2. Contestaciones⁷

Efectuadas las notificaciones correspondientes, las cuales obran del folio 32 al 37 del expediente, se presentó la intervención de la apoderada la Procuraduría General de la Nación, en los siguientes términos:

Tras precisar los antecedentes de la convocatoria al concurso de méritos, indicó que respecto de la Convocatoria 004-2015, para el cargo de procurador judicial II en asuntos penales, y en cumplimiento del artículo 217 y siguientes del Decreto Ley 262 de 2000, a la fecha se han nombrado 207 aspirantes en las vacantes para la referida posición.

Seguidamente, se opuso a la pretensión de amparo, indicando que el actor pretende desconocer, a través de la acción de tutela, el trámite propio que corresponde dar a la entidad administrativa, así como el orden de la lista de elegibles, el cual debe ser respetado por las disposiciones que rigen el concurso, fijadas especialmente en el decreto ley antes referido.

Manifestó que hasta el 10 de noviembre del 2016, se agotaron los plazos de posesión para aquellos aspirantes nombrados que prorrogaron dicha diligencia, por lo que a la fecha de presentación del amparo, la entidad se encuentra

⁶ Revisada la página de internet https://www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co/procuraduria/portallG/home_1/recursos/documentos/25112016/gmo-sanabria-cruz.pdf, el día 1 de febrero del 2016, siendo las 11:35 a.m., se observa que la referida entidad dio cumplimiento a al orden, e informó sobre el trámite de tutela de la referencia a los participantes del concurso.

⁷ Folio 54.

consolidando la información para determinar el número de vacantes y proceder con lo que denominó **“la segunda fase del agotamiento de la lista de elegibles”**, trámite que implica revocar los actos administrativos de nombramiento de aquellos que no se posesionaron en término o no aceptaron la postulación efectuada.

Alegó que de conformidad con el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, la lista de elegibles tiene una vigencia de 2 años, razón por la cual consideró no puede alegarse una vulneración a los derechos fundamentales del accionante, en tanto a la fecha se encuentra incluido dicho registro vigente, a la espera de ser nombrado, ello previo al trámite necesario de consolidación antes referido.

Por ello, resaltó que el accionante *“pretende su nombramiento inmediato desconociendo que, eventualmente, otros concursantes con mejor derecho en la lista de elegibles, por razones ajenas a su voluntad, pudieran conservar sus derechos en ella, todo lo cual desconoce el orden y el principio del mérito que debe guiar su utilización”*.

Indicó que, *“de acuerdo con la información disponible a la fecha, y en relación con la lista de elegibles aludida, de 208 ofertados, 194 quedaron nombrados en aplicación de la lista de elegibles, 6 ocupan el cargo en provisionalidad en cumplimiento de órdenes de tutela, 1 ocupa el cargo en provisionalidad por tener fuero de maternidad y 2 no han sido posesionados por pesar en su contra medida de aseguramiento y resolución de acusación dentro de un proceso penal”*.

Finalmente, señaló la acción de tutela no es el medio de controversia para resolver la situación del demandante, *“en tanto, como se indica, debe ser la administración la que, consolida la información de la lista de elegibles, y siguiendo el orden de elegibilidad, defina con relación a cada integrante de los que pretenda y tenga, en término legales, derecho a continuar en esta, el nombramiento en las vacantes que pudieren quedar luego de esta primera fase de nombramientos”*.

3.3. Fallo impugnado⁸

⁸ Folio 60

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", en fallo del 6 de diciembre del 2016, negó la petición de amparo elevada por el señor Sanabria Cruz.

Dentro de sus consideraciones, se resaltan las siguientes:

En primer lugar, indicó que de conformidad con la normativa del concurso, se determina que una vez realizado el respectivo nombramiento de los servidores que ocuparon los primeros lugares del registro de elegibles, se procederá al retiro de sus nombres del mismo, salvo que estos no hayan aceptado la designación o realizado la diligencia de posesión, por razones ajenas a su voluntad.

Seguidamente, precisó que de conformidad con la información remitida por la entidad accionada, de las 208 vacantes ofertadas, a la fecha, se encuentran 5 vacantes, esto tras determinar la diferencia entre los 203 funcionarios que actualmente ocupan los puestos -194 nombrados de la lista de elegibles, 6 por orden de tutela, 1 por fuero de maternidad y 2 nombrados pero con asuntos penales – y el total de posiciones ofrecidas a los concursantes.

A pesar de ello, la misma entidad indicó que el orden de elegibilidad recaía en el concursante en el puesto 208, y consecutivamente en quienes prosiguen en orden descendente, sin perjuicio de los ya nombrados que no hayan aceptado o posesionado por razones ajenas a su voluntad.

Así las cosas, resaltó que entre dicho participante y el actor, hay 8 posiciones de diferencia, por lo que, *“si se tiene en cuenta que en la actualidad existen 5 vacantes para el cargo de Procurador Judicial II asignado a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, y eventualmente 7, dado que sobre 2 de los nombrados podría existir una inhabilidad (...), los llamados a ser nombrados serían aquellos que ocupan los puestos 208 a 214; sin perjuicio de quienes fueron nombrados y no aceptaron o no se posesionaron por razones ajenas a su voluntad, pues se reitera, la no aceptación del nombramiento no implica la exclusión de la lista de elegibles. Empero, el señor Guillermo Sanabria Cruz se encuentra en el lugar número 216 de la precitada lista”*.

Por lo tanto, concluyó *“no se encuentra configurada la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el tutelante, toda vez que de conceder el amparo*

solicitado y ordenar el nombramiento del mismo en uno de las vacantes para el cargo de Procurador Judicial II (...), se estaría vulnerando el derecho a la igualdad de todas aquellas personas que en sus mismas circunstancias y por delante de él, como lo es el caso de quienes ocupan los puestos 208 al 214 de la Resolución No. 357 del 11 de julio del 2016, obtuvieron un mejor puntaje y se encuentran a la espera de ser nombrados, motivo por el cual se negará su tutela por las razones expuestas”.

3.4. Impugnación⁹

El accionante impugnó el fallo antes referido, solicitando el mismo fuera revocado en su integridad.

Al respecto, indicó que con “*sorpresa*”, evidenció como el Tribunal de primera instancia “*optó poder desconocer la reiterada jurisprudencia sobre la materia, y cohonestar la vulneración de derechos fundamentales*”.

Sobre el particular, argumentó que no se abordaron los problemas expuestos en el escrito de amparo, los cuales resumió de la siguiente manera:

- (i) No se indicó si existe vulneración de derechos fundamentales, cuando hace más de un mes de la existencia de vacantes ofertada, se omite realizar el nombramiento con personas incluidas en la lista de elegibles.
- (ii) No se emitió pronunciamiento en relación con la colisión entre los derechos fundamentales de los prepensionados y los integrantes del registro de elegibles. Al respecto, indicó que la jurisprudencia constitucional ha establecido la prevalencia de la lista de elegibles sobre las garantías de los prepensionados, señalando que la reubicación laboral de estos últimos, no puede entorpecer el derecho del concurso.
- (iii) Alegó que no se cuestiona que varios de los nombramientos se hubieren efectuado en cumplimiento de órdenes de tutela, sino que por el contrario lo equivocado que estos se efectúen en cargos ofrecidos en la convocatoria en la cual participó.

Finalizó indicando que impugna el fallo, “*con la esperanza de que la segunda instancia revoque el fallo, y ampare mis derechos fundamentales*”.

⁹ Folio 83.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia del 6 de diciembre del 2016, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, de conformidad con los Decretos 2591 de 1991, 1069 de 2015 y con el Acuerdo 55 de 2003.

2. Problema jurídico a resolver en la presente acción de amparo

Corresponde a la Sala dar respuesta al siguiente interrogante:

¿Incurrió la Procuraduría General de la Nación, en un desconocimiento de los derechos fundamentales del accionante, al no haber, presuntamente, efectuado nombramientos en atención a la lista de elegibles, e incluso, haber dado cumplimiento a órdenes de tutela que, de conformidad con el dicho del tutelante, dispusieron el nombramiento de funcionarios calificados como prepensionados, ello por encima de los integrantes del registro de elegibles?

3. Razones jurídicas de la decisión

Para resolver el problema jurídico planteado, se analizarán los siguientes temas:

(i) generalidades de la acción de tutela; **(ii)** análisis del caso concreto.

3.1. Generalidades de la acción de tutela

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales siempre que sean desconocidos o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los precisos casos que indica el Decreto Ley 2591 de 1991.

Constituyen rasgos distintivos de esta acción: la inmediatez y la subsidiariedad. El primero apunta al amparo efectivo, concreto y actual del derecho fundamental que se dice vulnerado o amenazado.

El segundo, condiciona el ejercicio de esta acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para evitar la lesión del derecho fundamental.

3.2. Caso concreto

Esta Sala ha considerado la improcedencia de la acción de tutela en el evento de cuestionarse actos administrativos dictados en el marco de un concurso de méritos, cuando se evidencia que en el mismo ya se haya dictado la lista de elegibles, por ejemplo, cuando se pone en entredicho la posición obtenida, ello en la medida en que un estudio de fondo en relación con los cargos de tutela, puede llegar a vulnerar los derechos de quienes la integran¹⁰.

Sin embargo, en el caso sub lite, es claro que el actor no cuestiona directamente un acto administrativo de los descritos en el párrafo precedente, ni tampoco cuestiona el orden y su lugar en la lista de elegibles, pues con claridad sus pretensiones, así como el fundamento de las mismas, se dirigen a que se ordene el nombramiento en una de las vacantes en la que, según su juicio, tiene derecho a ocupar. Es decir, la pretensión última del actor, es buscar la ejecución de la lista de elegibles a través de los nombramientos de la entidad accionada.

Desde esta perspectiva, no existe cuestionamiento alguno respecto de la procedencia de la presente acción de tutela, razón por la cual, sobre el asunto objeto de debate, resulta procedente realizar las siguientes consideraciones:

La lista de elegibles, es un acto administrativo de carácter particular y concreto que define el orden para la provisión de los cargos ofertados a través de una convocatoria pública de concurso de méritos, tal y como fue expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-913 del 11 de diciembre del 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. En este orden de ideas, se concluye de forma inexorable, que a través del mismo se consolidan situaciones jurídicas en cabeza de quienes la integran, de manera concreta, el derecho a ser nombrado de encontrarse en una posición que permita el acceso a la vacante correspondiente¹¹.

¹⁰ Entre otros, ver: Sentencia del 25 de agosto de 2016, dictada dentro del expediente No. 2016-161-01, C.P. Rocío Araújo Oñate. Así mismo, puede consultarse el fallo del 4 de febrero de 2016, expediente No. 2015-2718-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Finalmente, sentencia del 9 de febrero de 2012, expediente No. 2011-407-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹¹ En la referida sentencia de unificación, la Corte Constitucional indicó: "Cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso,

No sobra indicar que la lista de elegibles, es la máxima expresión y materialización del principio del mérito que rige este tipo de actuaciones, y en general, el acceso a los cargos públicos, pues con ella, y tras la realización de una serie de etapas caracterizadas por la objetividad, se presentan a las personas que superaron las mismas, demostrando tener las competencias necesarias para ocupar el cargo ofertado.

Desde esta perspectiva, un argumento del juez de primera instancia permite considerar que en el caso concreto, es procedente confirmar la negativa del amparo, ello en los siguientes términos:

El Tribunal *a quo* precisó que el actor se encontraba ubicado en el puesto No. 216 del registro de elegibles. La entidad informó que el orden de elegibilidad –tras la primera etapa de nombramientos- recae en el concursante No. 208. Ninguno de dichos aspectos fue cuestionado expresamente por el señor Sanabria Cruz. En esta medida, existen 8 posiciones con un mejor derecho respecto de quien acude ahora en sede de tutela, a pretender de forma expresa que se ordene a la Procuraduría General de la Nación, su nombramiento como procurador judicial II en asuntos penales, sin que exista un elemento de juicio que permita desconocer el citado orden de elegibilidad. Lo anterior, sin perjuicio de la misma posibilidad que consagra el Decreto Ley 262 de 2000, en el inciso sexto de su artículo 216, al determinar:

“Artículo 216. (...)”

*Efectuados los respectivos nombramientos para proveer los empleos objeto de la convocatoria u otros iguales a éstos, se retirarán de la lista de elegibles los servidores en los que hayan recaído dichos nombramientos, **salvo que no hayan aceptado o no se hayan posesionado por razones ajenas a su voluntad.** El nominador deberá utilizar las listas en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos, o en empleos de inferior jerarquía. En este*

expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.”

último caso, la no aceptación del nombramiento no constituye causal para la exclusión de la lista de elegibles.” (Negrilla fuera del texto original)

En esta medida, puede ser posible, que quienes hayan sido nombrados, pero no aceptaron tal designación o no lograron adelantar la diligencia de posesión por razones ajenas a su voluntad, no sean excluidos de la referida lista de elegibles, conservando aún su derecho privilegiado frente al tutelante.

De conformidad con lo expuesto por la entidad accionada, a la fecha de la sentencia de primera instancia, esta se encontraba en los trámites administrativos necesarios para establecer el nuevo orden de elegibilidad y proceder con la realización de la segunda fase de nombramientos, aspecto que indica que a la fecha, aún no existe certeza alguna sobre si al actor le corresponde el derecho a ser designado en las vacantes existentes.

Bajo las anteriores apreciaciones, cualquier orden tutelar que se emita en el presente caso, implicaría desconocer que para el efecto de la lista de elegibles, existen personas con mejor derecho que él, siendo la administración la que, atendido las normas y reglas de la convocatoria, determine el orden de elegibilidad tras verificar las situaciones administrativas que se presenten respecto de la lista.

De otro lado, este juez constitucional de segunda instancia, no cuenta con elementos de juicio para considerar como probado, el alegato expuesto por el impugnante en el sentido de señalar que la entidad ha ido más allá de las órdenes de tutela que han protegido los derechos de personas pre pensionadas, siendo incluso procedente resaltar que esta instancia adicional no puede convertirse en un escenario de discusión del debate presentado ante otros jueces constitucionales.

Por ello, se procederá a **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia.

De otro lado, si bien es cierto que la pretensión de tutela del actor de lograr su nombramiento en el puesto al cual aspira, es a todas luces improcedente por las razones antes señaladas, considera esta Sección necesario realizar un exhorto a la Procuraduría General de la Nación, como entidad nominadora, para en pleno cumplimiento de las reglas que rigen la Convocatoria 004-2015, y en la medida de

sus posibilidades administrativas, proceda de la forma más expedita a efectuar los nombramientos en los puestos ofertados que aún se encuentran vacantes, atendiendo para ello, entre los demás aspectos que deban ser atendidos, el estricto orden de elegibilidad fijado en la Resolución 357 del 11 de julio del 2011.

Por lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en uso de facultades constitucionales y legales,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 6 de diciembre del 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, negó el amparo solicitado por el señor Guillermo Sanabria Cruz.

SEGUNDO: EXHORTAR a la Procuraduría General de la Nación, como entidad nominadora, para en pleno cumplimiento de las reglas que rigen la Convocatoria 004-2015, y en la medida de sus posibilidades administrativas, proceda de la forma más expedita a efectuar los nombramientos en los puestos ofertados que aún se encuentran vacantes, atendiendo para ello, entre los demás aspectos que deban ser atendidos, el estricto orden de elegibilidad fijado en la Resolución 357 del 11 de julio del 2011.

TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Dentro de los 10 días siguientes a su ejecutoria, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ