

VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A CARGOS PÚBLICOS / NOMBRAMIENTO DE QUIEN ACTUALMENTE ENCABEZA LISTA DE ELEGIBLES / CONCURSO PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Sala considera que los argumentos esbozados [por la Procuraduría General de la Nación] no tienen asidero jurídico, toda vez que si bien es cierto la norma reguladora del concurso determina que la lista de elegibles tiene una vigencia de dos años, mal hace la entidad al entender que dicho término también debe tenerse en cuenta para ejecutar la misma, pues son dos situaciones muy diferentes, ya que el derecho adquirido por una persona a ser nombrada en un cargo, consecuencia de haber superado satisfactoriamente un concurso de méritos, no puede estar supeditado a plazos o condiciones que la ley no prevé, y que por el contrario riñen con los postulados de un Estado Social de Derecho y las disposiciones que el constituyente consideró respecto del ingreso a cargos públicos con fundamento en el mérito (...) En el caso concreto, se observa que si bien en principio la accionante no era quien encabezaba la lista de elegibles contenida en la Resolución 345 de 8 de julio de 2016 (ocupó el puesto 101) para aspirar a uno de las 94 empleos de Procurador Judicial II Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, ofertados dentro de la Convocatoria 006 de 2015, a la fecha adquirió tal connotación en tanto, como se explicó detalladamente en líneas anteriores, la referida lista de elegibles ya se ejecutó hasta el puesto 100, actualmente existen 4 vacantes (situación certificada por la entidad accionada) y ella ocupa el puesto 101, es decir, hoy encabeza la lista de elegibles pendiente de ejecutar; en conclusión, es procedente ordenar su nombramiento de manera inmediata, en una de las plazas vacantes en la ciudad de Bogotá, al ser la sede por ella escogida según se lo informó a la entidad.

FUENTE FORMAL: CONVOCATORIA NÚMERO 006 DE 2015 / RESOLUCIÓN NÚMERO 345 DE 2016 / DECRETO LEY 262 DE 2000

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05854-01(AC)

Actor: JERLY LORENA ARDILA CAMACHO

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Sala procede a decidir la impugnación¹ presentada por la **Procuraduría General de la Nación** contra la sentencia de 19 de diciembre de 2016, proferida por la subsección F de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió al amparo invocado y ordenó al Procurador General de la Nación que, en el término de 10 días contado desde la notificación del fallo, defina si la accionante tiene derecho a ser nombrada en las plazas ofertadas en las cuales no haya tomado posesión ningún integrante de la lista; y que en caso afirmativo, dentro del mismo período, proceda a efectuar el correspondiente nombramiento en período de prueba, en el cargo de Procurador Judicial II de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa.

EL ESCRITO DE TUTELA

Para una mejor comprensión del asunto, la Sala se permite resumir de la siguiente forma los supuestos fácticos y jurídicos planteados por la parte demandante²:

La parte actora manifestó que la Procuraduría General de la Nación adelantó la Convocatoria N° 006 de 2015 para proveer 94 cargos para Procurador Judicial II de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, en el cual se inscribió y participó, para, finalmente, ocupar el puesto 101 en la Resolución N° 345 del 8 de julio de 2016, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer los 94 cargos vacantes.

Mencionó que en el mes de agosto se notificaron los nombramientos de las 94 personas que adquirieron el derecho según la lista de elegibles, de los cuales unos no aceptaron, bien sea por renuncia o por no tomar la debida posesión del cargo. Razón por la que, el 10 de noviembre de 2016, presentó solicitud ante la entidad con el fin de que se le nombrara en una de las vacantes pendientes de nombrar en la ciudad de Bogotá, siendo esta la sede de su preferencia al momento de la inscripción. Solicitud que reiteró el 17 de noviembre de 2016, con fundamento en la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander del 4 de noviembre del mismo año, con radicado 2016-01178-00, que en un caso similar al suyo, se expresó que existía 7 vacantes en la Convocatoria 006 de 2015, por lo cual, era deber de la entidad hacer los nombramientos para suplirlas con

¹ El proceso de la referencia subió al Despacho con informe de Secretaría General de la Corporación de 30 de enero de 2017.

² Folios 1 a 7.

quienes quedaron en la lista de elegibles en estricto orden descendente, con el fin de garantizar los derechos fundamentales de quienes ocuparon los cargos del 95 al 101; y que ella ocupa este último puesto.

Informó que a la fecha la Procuraduría General de la Nación no la ha nombrado en el cargo a pesar de las distintas peticiones, y aclaró que la acción de tutela no es con el fin de obtener la protección del derecho de petición, sino del acceso a los cargos públicos, al derecho al trabajo y al debido proceso.

Por último informa que la accionada mediante Oficio SG N° 006635 de 15 de noviembre de 2016, avisó al participante que ocupó el puesto 100, que habían 14 vacantes, 4 disponibles en Bogotá, y que sólo se habían posesionado 80 concursantes.

Pretensiones

Como consecuencia de lo anterior, solicitó:

«Primero: Tutelar mis derechos fundamentales de ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS, al DERECHO AL TRABAJO y al DEBIDO PROCESO.

Segundo: En consecuencia, se ordene a la Procuraduría General de la Nación expida el acto administrativo de mi nombramiento como Procuradora Judicial II de la procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa en Bogotá.

Tercero: Se me de posesión en el cargo de Procurador Judicial II de la procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa en Bogotá, inmediatamente se surta la comunicación del nombramiento y yo aporte los documentos que sean requeridos, diferentes a los requisitos del cargo los cuales ya reposan en mi hoja de vida de la Entidad»

ACTUACIÓN PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto de 7 de diciembre de 2016³, la subsección F de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admitió la acción de tutela de la referencia y ordenó la notificación de la Procuraduría General de la Nación, como demandada. A su vez, requirió de dicha entidad rendir informe y que certificara, de manera actualizada, todo lo pertinente acerca de los cargos de Procurador Judicial II de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa.

³ Visible de folio 43 y vto del cuaderno principal.

INFORMES RENDIDOS EN EL PROCESO

Procuraduría General de la Nación.

- Secretaría General. En atención de requerimiento realizado a través del auto admisorio de la acción de tutela, la entidad mediante el Oficio SG N° 007391 de 12 de diciembre de 2016⁴, informó que de acuerdo con el artículo 217 del Decreto Ley 262 de 2000⁵, durante la primera etapa de utilización de las listas de elegibles vigentes, la entidad dispuso el nombramiento de los concursantes que tenían derecho según el número de vacantes convocadas; por lo que según la Convocatoria 005 de 2006, se designaron inicialmente 94 personas, algunos sobre los cuales se presentaron renunciaciones o no aceptaron el cargo, por lo que continuaron con el agotamiento de la lista, en cumplimiento de órdenes judiciales. Es decir, a la fecha existen 83 cargos que se encuentran ocupados y que otros “se encuentran en trámite de comunicación de la designación o pendiente de posesión”.

Por último, respecto de las 11 plazas que estaban pendientes por ocupar por la lista, certificó que en 5 de ellas se encuentran en cabeza de los elegibles que ocuparon los puestos 95, 96, 98, 99 y 100, y el resto están nombrados en provisionalidad.

- Oficina Asesora Jurídica: A través de escrito de 14 de diciembre de 2016, aseguró que la accionante pretende sustituir y desconocer el cumplimiento de un procedimiento administrativo propio de la administración, el cual se rige por la Ley 262 de 2000; normativa que en el inciso sexto del artículo 216 estableció que: “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

⁴ Folio 64 y vto.

⁵ “Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.”

las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos, o en empleos de inferior jerarquía. En este último caso, la no aceptación del nombramiento no constituye causal para la exclusión de la lista de elegibles”.

Así mismo, aseveró que hasta el 10 de noviembre de 2016 se agotaron los plazos para efectuar todas las posesiones de los cargos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 ibídem, y que se encuentran en la depuración de la lista de elegibles para continuar el trámite correspondiente.

Precisó que una vez que se valide la información de la primera fase de los nombramientos, les corresponde revisar cada una de las listas de elegibles, verificando las situaciones administrativas que se presenten en ellas, como son las prórrogas de posesión, revocatorias y el cumplimiento de órdenes judiciales; y que teniendo en cuenta que la lista de elegibles tiene una vigencia de 2 años, no se ha vulnerado derecho alguno a la accionante, pues dentro de dicho periodo que aún no ha expirado, puede ser nombrada en el cargo que le corresponda.

Por último esgrimió que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir actos administrativos, pues corresponde a la administración consolidar la información de la lista de elegibles, y siguiendo dicho orden, definir con cada integrante, el derecho que éste tiene a permanecer en la lista, y por ende, en las vacantes luego de agotar la primera fase de nombramientos.

Victor Januario Hoyos Castro

El señor Víctor Januario Hoyos Castro, integrante de la misma lista de la accionante, coadyuvó las pretensiones de la actora y adujo que la tutela es el único mecanismo efectivo para proteger los derechos invocados de quienes conforman una lista de elegibles, ya que se trata de una omisión funcional que afecta los derechos fundamentales.

Afirmó que ocupó el puesto 100 en la lista y que en virtud de un fallo de tutela fue nombrado en una de las vacantes, informándole mediante Oficio SG N° 006635 de 15 de noviembre de 2016, que a la fecha de las 94 plazas, habían 80 posesionadas y 14 disponibles, razón por la cual, solicita que la señora Jerly Lorena Ardila Camacho sea nombrada por tener el derecho.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La subsección F de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 19 de diciembre de 2016, amparó los derechos fundamentales del acceso a cargos públicos, debido proceso y derecho al trabajo de la señora Jerly Camacho Ardila Camacho y, ordenó a la Procuraduría General de la Nación que, “en el término de diez (10) día (sic), contados a partir de la notificación de esta providencia, defina si Jerly Lorena Ardila Camacho tiene derecho a ser nombrada en las plazas ofertadas en las cuales no haya tomado posesión ningún integrante de la lista; y en caso afirmativo, dentro del mismo periodo proceda a efectuar el respectivo nombramiento en periodo de prueba, en el cargo de Procurador Judicial II de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa”.

Lo anterior, al considerar que los trámites que dice adelantar la entidad, con ocasión de los nombramientos ya realizados, para consolidar la situación actual de la lista de elegibles, desconoce los derechos fundamentales de la accionante, en cuanto “se encuentra probado (...) que actualmente existen 6 cargos ofertados vacantes procurador Judicial II de la Procuraduría delegada para la Conciliación Administrativa y que la actora se encuentra en el puesto 101 de la respectiva lista. Es decir, que de 94 cargos ofertados, sólo 83 aspirantes aceptaron, se posesionaron y están en periodo de prueba, teniendo la accionante derecho a ocupar una de estas plazas vacantes, respetando las garantías de las personas que ocuparon los lugares 95 a 100, que como lo indicó la entidad accionada ya fueron designados.”

IMPUGNACIÓN

La **Procuraduría General de la Nación**, a través de escrito de 18 de enero de 2017, impugnó⁶ la sentencia de 19 de diciembre de 2016, indicando que no se han vulnerado los derechos fundamentales aludidos, puesto que ha seguido los postulados del artículo 216 del Decreto N° 262 de 2000, en el sentido de respetar el orden de la lista de elegibles que tiene una vigencia de 2 años, y que en estos momentos se encuentra surtiendo los trámites pertinentes para continuar con el

⁶ Folios 93 a 95 y vto.

proceso de selección de quienes siguen en turno ante la no aceptación o solicitud de prórroga de los que alcanzaron a estar en el tope y así determinar el orden de elegibilidad.

Insiste en que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir los actos administrativos, bajo los mismos argumentos presentados en la contestación de la demanda.

En esta misma oportunidad, **la accionante** presentó escrito a través del cual solicita se confirme el amparo de sus derechos, pero se modifique el numeral segundo de la orden de amparo en el sentido de ordenar su nombramiento como Procuradora Judicial II de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, en una de las 6 vacantes existentes, de las cuales 3 se ubican en la ciudad de Bogotá, al considerar que el a quo no dio cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 29 del Decreto N° 2591 de 1991, que establece que el juez dictará el fallo de tutela dentro de los 10 días siguientes a su presentación, el cual deberá contener: “4. La orden y la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela.” pues a pesar de haberse accedido al amparo invocado, se limitó a trasladar al Procurador General de la Nación la función de definir si ella tiene el derecho a ser nombrada en uno de esos cargos vacantes.

Aseguró que el tribunal no tuvo en cuenta la totalidad de las pruebas arrimadas al proceso, entre ellas, el oficio SG N° 7385 de 9 de diciembre de 2016, mediante el cual la accionada contestó un derecho de petición elevado por la accionante, donde le afirma que de los 94 cargos ofertados, 88 fueron provistos, que la lista de elegibles fue agotada hasta el puesto 100, que quedan 6 cargos por proveer, 2 de ellos en Bogotá, y que ella ocupa el puesto 101.

Insiste que se violó el derecho a la igualdad, pues en el escrito de la acción, solicitó que se tuviera como precedente el fallo de tutela que en favor del señor Jesús Eduardo Rodríguez Orozco había ordenado a la Procuraduría General de la Nación, que lo nombrara en una de las vacantes de los cargos mencionados ante la declinación de 7 concursantes, pues ocupó el puesto 97 en la misma lista de elegibles, los cuales debían suplirse con los aspirantes que ocuparon los puestos del 95 al 101.

CONSIDERACIONES

Atendiendo a los argumentos expuestos en el escrito tutelar y las pruebas que obran en el expediente, se decidirá el asunto sometido a consideración en el siguiente orden: i) Competencia, ii) Determinación del problema jurídico, iii) Procedencia de la acción de tutela en los concursos de méritos y, iv) Solución del problema jurídico.

Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto estipula que « [...] Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente [...]», esta Sala es competente para conocer la impugnación interpuesta contra el fallo de tutela proferido por la subsección F de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca 19 de diciembre de 2016.

Problema Jurídico.

Consiste en determinar si: ¿La acción de tutela es procedente para ordenar que se ejecute la lista de elegibles dentro de un concurso de mérito?

Solo de superar este derrotero, se procederá a establecer si: ¿La Procuraduría General de la Nación vulneró los derechos fundamentales invocados por la señora Jerly Lorena Ardila Camacho al no designarla en una de las 6 plazas vacantes como Procurador Judicial II de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, a pesar de ser quien sigue en turno para ello, de acuerdo con la respectiva lista de elegibles?

De la procedencia de la acción de tutela en materia de concurso de méritos

De acuerdo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo judicial, preferente para la defensa de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. La subsidiariedad significa que la acción procede únicamente en alguna de las siguientes hipótesis: cuando no existen mecanismos judiciales de defensa para proteger un derecho constitucional; cuando existen esos medios de defensa pero, en el marco del caso concreto, no resultan *idóneos* o *eficaces* para conjurar la amenaza o violación del derecho; o,

cuando la acción se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En sentencia T-187 de 2010, M.P. doctor Jorge Iván Palacio Palacio, manifestó que la acción de tutela es subsidiaria y, por tanto, no sustituye los mecanismos procesales ofrecidos por el ordenamiento jurídico para defender los intereses de los particulares. Al respecto, precisó que:

“[...]La acción de amparo es un mecanismo preferente y sumario que busca dar protección privilegiada a los derechos fundamentales de las personas cuando los mismos se vean amenazados por una autoridad pública con su acción u omisión y excepcionalmente cuando se vean conculcados por un particular.

De igual manera la acción de tutela, por su naturaleza, opera de manera subsidiaria y residual, lo que implica que para su procedencia el accionante debe i) carecer de un mecanismo de defensa judicial o carezca de eficacia o ii) estar ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable y el amparo se promueva como mecanismo transitorio.[...]” (Subrayado fuera del texto).

En virtud de la subsidiariedad que caracteriza a esta garantía de los derechos fundamentales constitucionales, es dable afirmar que un amparo es improcedente cuando el interesado no ejercitó los mecanismos ordinarios de defensa, sin justificación alguna, y pretende, por vía de este mecanismo, revivir discusiones que quedaron zanjadas ante la inactividad de quien debió ejercitar las vías constitucionales y legales.

En un proceso de tutela en el que se cuestionaban actuaciones surtidas al interior de un concurso de méritos, esta Sala tuvo la oportunidad de analizar los eventos en los que era procedente la acción de amparo frente a esa materia⁷, criterio que se ha mantenido incólume y se ha aplicado en causas de contornos similares; ocasión en la que se partió del hecho de que los concursos de méritos para la provisión de empleos en general, y en especial en el sector público, comportan una de las instituciones más significativas de nuestro Estado Social de Derecho, en razón a que se constituyen en la herramienta más transparente para obtener un empleo en condiciones dignas.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de 6 de mayo de 2010. Exp. N° 25000-23-15-000-2010-00238-01. Acción de tutela. Actor: Milton Gonzalo Beltrán Acosta. C/. Comisión Nacional del Servicio Civil.

De ahí, se consideró que en el marco de un concurso de méritos está en juego el derecho de acceso al trabajo y que por ello tal Institución, el concurso de méritos, debe ser vista con rigor constitucional por el funcionario judicial encargado de velar por la aplicación de la norma suprema, en el caso concreto el juez de tutela.

Respecto a las actuaciones surtidas al interior de los concursos de méritos, la Corte Constitucional en la sentencia SU-553 de 27 de agosto de 2015, en la cual se estudió un asunto similar, analizó y fijó una postura respecto de la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a los actos administrativos en materia de concurso de méritos, que busca evitar un perjuicio irremediable por cuanto la lista de elegibles pierde vigencia, y sobre ello expresó:

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

Adicionalmente, en la aludida providencia se aclaró, que las controversias que sobre la protección de derechos fundamentales se susciten dentro de un concurso de méritos, por el corto plazo del mismo exigen soluciones prontas, eficientes y eficaces, que en la mayoría de los casos únicamente se logran a través de la jurisdicción constitucional por vía de tutela.

De lo anterior se colige, **que la acción de tutela es procedente para decidir acerca de la ejecución de la lista de elegibles dentro de un concurso de mérito, cuando tiene como finalidad evitar perjuicios irremediables, como en el caso que nos ocupa, para impedir que la misma pierda vigencia.**

Del caso concreto.

La señora Jerly Lorena Ardila Camacho acudió a la acción de tutela, con el fin de que, en protección de sus derechos fundamentales, se ordene a la Procuraduría General de la Nación nombrarla en una de las 6 plazas vacantes como Procuradora Judicial II de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, con preferencia en Bogotá al ser la sede por la cual optó al momento de su inscripción en la Convocatoria Pública 005 de 2006, teniendo en cuenta que es quien sigue en turno para ser nombrada de acuerdo con la respectiva lista de elegibles.

Para decidir al respecto, la Sala observa del material obrante en el expediente, lo siguiente:

1. Mediante Convocatoria 006 de 2015⁸, se da apertura a la oferta pública de 94 cargos de Procurador Judicial II de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa.

2. A través de la Resolución N° 345 de 8 de julio de 2016⁹, se definió la lista de elegibles del concurso mencionado en el numeral anterior, en la cual se observa que la accionante ocupa el puesto 101.

3. En respuesta a un derecho de petición elevado por otro aspirante que hace parte de la lista de elegibles, la entidad mediante oficio N° 006635 de 15 de noviembre de 2016¹⁰, informó que de los 94 cargos a proveer, 80 se posesionaron, 12 no aceptaron, y 2 se reubicaron por orden de fallos de tutela; y que a dicha fecha sobre los cargos que no fueron aceptados aún no se han realizado modificaciones ni reconfiguraciones de listas, hasta que se agote la etapa de nombramientos y de períodos de prueba.

5. Oficio 7385 de 9 de diciembre de 2016¹¹, a través del cual, la entidad en respuesta a un derecho de petición presentado por la accionante, le señala que:

Cargos a provee	Agotamiento de lista hasta el puesto	Cargos aún no provisto con la lista	Posesiona dos	En trámite de
-----------------	--------------------------------------	-------------------------------------	---------------	---------------

⁸ Ff. 8 y 9.

⁹ Ff. 10 a 17.

¹⁰ ff. 23 y 24.

¹¹ Ff. 79 y 80.

r				posesión
94	100	6	88	1

6. Oficio SG 007391 de 12 de diciembre de 2016¹², en el cual la secretaría general de la accionada informó a uno de los concursantes que se designaron las 94 plazas de la convocatoria pública mencionada, de las cuales 83 se encuentran ocupando los empleos, y los 11 restantes están en proceso de nombramientos, a su vez que, de estos últimos, **5 los ostentan funcionarios públicos con nombramientos provisionales, 1 ocupado por provisional quien renunció a partir del 1.º de diciembre de 2016**, y en los demás, se encuentran nombrados los concursantes 95, 96, 98, 99 y 100.

7. Oficio S.G.7982 de 30 de diciembre de 2016¹³, proferido como respuesta a un derecho de petición elevado por un tercero, a través del cual la Procuraduría General de la Nación informa que han sido designados los primeros 100 integrantes de lista de elegibles, de los cuales 84 tomaron posesión pero 1 renunció, 5 se encuentran en trámite de posesión y **existen 4 plazas vacantes** (3 en Bogotá y 1 en Neiva).

7. Oficio SG 0301 de 12 de enero de 2017, proferido como respuesta a un derecho de petición elevado por un tercero, en el cual la entidad reitera que **existen 4 plazas vacantes** (3 en Bogotá y 1 en Neiva), e informa que 86 designados ya tomaron posesión y 3 se encuentran con nombramiento.

De los diferentes documentos probatorios allegados al proceso, la Sala encuentra probado que en la Convocatoria 006-2015, se **ofertaron 94 empleos** a nivel nacional como Procurador Judicial II de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa; cuya lista de elegibles está contenida en la Resolución 345 de 8 de julio de 2016, la cual a la fecha se ha ejecutado hasta el puesto 100, de los cuales, a 12 de enero de 2017 (fecha de referencia según el último oficio aportado), han sido nombrados y debidamente posesionados **86 aspirantes**, **3** se encuentran con nombramiento pero en proceso de posesión y, **existen 4 plazas vacantes** correspondientes a: Procuraduría 3, 6 y 134 Judicial II Administrativa de Bogotá y, Procuraduría 34 Judicial II Administrativa de Neiva.

¹² F. 76 vto.

¹³ Ff. 104 a 109

Asimismo, quedó probado que la señora Jerly Lorena Ardila Camacho, ocupó el puesto 101 en la lista de elegibles para desempeñar una de las 94 plazas ofertadas como Procurador Judicial II, de las cuales, a la fecha, se encuentran pendientes de asignar con fundamento en la lista de elegibles 4 plazas (3 en Bogotá y 1 en Neiva), convirtiéndose en este momento, en quien encabeza la misma y con mejor derecho para ser nombrada, en tanto, como ya se dijo, a la fecha esta ha sido ejecutada hasta el puesto 100, todo de conformidad con las disposiciones del Decreto 262 de 2000¹⁴.

Pese a lo anteriormente expuesto, la accionante invocó solicitud de amparo, precisamente, con la finalidad de que se le nombre en una de las plazas disponibles como Procurador Judicial II de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, preferiblemente en Bogotá al ser la sede de elección, pues a la fecha de presentación de la misma ello no ha sido posible. Al respecto, llama la atención de la Sala la respuesta emitida por la Procuraduría General de la Nación durante el trámite de la acción de la referencia, al considerar que, de acuerdo con las disposiciones del artículo del 216 del Decreto Ley 262 de 2000, “La lista de elegibles se elaborará en riguroso orden de mérito. Tendrá vigencia de dos (2) años contados a partir de fecha de su publicación (...)”:

“(…), la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 345 de 8 de julio de 2016, de la cual hace arte la accionante, tiene una vigencia de 2 años, razón por la que hasta este momento no es posible afirmar que la entidad que represento haya incurrido en la vulneración de los derechos de la accionante, pues se insiste, se encuentra en lista de elegibles y pendiente de ser para ser (sic) nombrada dentro del término de vigencia de dicha lista de elegibles para ser nombrada dentro del término de vigencia de dicha lista.

De allí que la entidad, una vez expiren todos los términos, debe depurar la información necesaria a efecto de establecer los concursantes que en cada lista continúen derivando derechos, con el propósito de determinar el nuevo orden de elegibilidad, el cual además es necesario para, en cumplimiento del inciso sexto del citado artículo 216, ya citado, proseguir con una segunda etapa de nombramientos en las vacantes que continúen disponibles y siempre siguiendo el orden de mérito.”¹⁵

¹⁴ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

¹⁵ F. 74.

Sobre este punto, la Sala considera que los argumentos esbozados no tienen asidero jurídico, toda vez que si bien es cierto la norma reguladora del concurso determina que la lista de elegibles tiene una vigencia de dos años, mal hace la entidad al entender que dicho término también debe tenerse en cuenta para ejecutar la misma, pues son dos situaciones muy diferentes, ya que el derecho adquirido por una persona a ser nombrada en un cargo, consecuencia de haber superado satisfactoriamente un concurso de méritos, no puede estar supeditado a plazos o condiciones que la ley no prevé, y que por el contrario riñen con los postulados de un Estado Social de Derecho y las disposiciones que el constituyente consideró respecto del ingreso a cargos públicos¹⁶ con fundamento en el mérito.

Razón por la cual, no existe argumento válido que justifique la omisión de cualquier entidad de nombrar a quien, a parte de adquirir el derecho a ser nombrado y posesionado en un empleo público consecuencia de haber superado el respectivo concurso de méritos, se encuentre en mejor posición respecto de otros integrantes de la lista de elegibles, en el sentido de encabezar la misma. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-156 de 2012 consideró:

“Esta Corporación ha sentado en numerosas oportunidades su jurisprudencia en el sentido de que “las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme”¹⁷, y en cuanto a que “aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido”¹⁸.

Para la Corte Constitucional, frustrar el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales concursaron, conlleva una violación de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo; en palabras de la Corporación,

“la Corte mediante la sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso –que, según el artículo 29 de la

¹⁶ ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

(...).

¹⁷ Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

¹⁸ Sentencia T-455 de 2000; Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas- y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones –ganar el concurso-, sería escogida para el efecto. En idéntica línea se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado.”¹⁹

En esa misma medida, precisó la Corte que tal curso de acción también “equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe –Artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que él había ocupado el primer lugar y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior”²⁰.

La jurisprudencia constitucional también ha aclarado en este sentido que las listas de elegibles que se encuentran en firme son inmodificables, en virtud del principio constitucional de buena fe y de la confianza legítima que ampara a quienes participan en estos procesos²¹”

En el caso concreto, se observa que si bien en principio la señora Jerly Lorena Ardila Camacho no era quien encabezaba la lista de elegibles contenida en la Resolución 345 de 8 de julio de 2016 (ocupó el puesto 101) para aspirar a uno de las 94 empleos de Procurador Judicial II Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, ofertados dentro de la Convocatoria 006 de 2015, a la fecha adquirió tal connotación en tanto, como se explicó detalladamente en líneas anteriores, la referida lista de elegibles ya se ejecutó hasta el puesto 100, actualmente existen 4 vacantes (situación certificada por la entidad accionada) y ella ocupa el puesto 101, es decir, hoy encabeza la lista de elegibles pendiente de ejecutar; en conclusión, es procedente ordenar su nombramiento de manera inmediata, en una de las plazas vacantes en la ciudad de Bogotá, al ser la sede por ella escogida según se lo informó a la entidad²².

Razón por la cual, se confirmará parcialmente la decisión del *a quo*, contenida en la sentencia de 19 de diciembre de 2016, en tanto amparó los derechos

¹⁹ Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

²⁰ Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

²¹ Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

²² Ff. 18 y 19.

fundamentales del acceso a cargos públicos, el debido proceso y al trabajo de la accionante, pero se modificará el numeral segundo, el cual quedará así:

“SEGUNDO.- ORDENÁSE al PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN que en el término de tres (3) días, contado a partir de la notificación de esta providencia, expida el acto administrativo a través del cual nombre a la señora Jerly Lorena Ardila Camacho, como Procuradora Judicial II Delegada para la Conciliación Administrativa, en una de las plazas vacantes en la ciudad de Bogotá. Decisión que debe ser notificada de manera inmediata a la interesada”

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de 19 de diciembre de 2016, proferida por la subsección F de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que amparó los derechos fundamentales del acceso a cargos públicos, el debido proceso y al trabajo de la señora Jerly Lorena Ardila Camacho.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de 19 de diciembre de 2016, referida en el numeral anterior, el cual queda así:

“**SEGUNDO.- ORDENÁSE al PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN** que en el término de tres (3) días, contado a partir de la notificación de esta providencia, expida el acto administrativo a través del cual nombre a la señora Jerly Lorena Ardila Camacho, como Procuradora Judicial II Delegada para la Conciliación Administrativa, en una de las plazas vacantes en la ciudad de Bogotá. Decisión que debe ser notificada de manera inmediata a la interesada, de conformidad con la parte motiva de esta providencia”.

TERCERO: LIBRAR las comunicaciones de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados.

CUARTO: En acatamiento a las disposiciones del artículo 32 *ibídem*, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER