

Traslado

Bogotá, D.C.,

Señores Magistrados

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
(REPARTO)**

E. S. D.

Referencia: Acción de tutela contra el Procurador General de la Nación.

LAURA MARCELA OLIER MARTÍNEZ, identificada con la cedula de ciudadanía No. 45.528.954 de Cartagena, por medio de presente escrito y con fundamento en el artículo 86 Superior y el Decreto 2591 de 1991, acudo ante este órgano jurisdiccional para instaurar **ACCIÓN DE TUTELA** en contra del señor **PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN, doctor FERNANDO CARRILLO FLÓREZ**, o quien haga sus veces **al momento de la notificación de esta acción**, por la amenaza y violación a mis derechos fundamentales al **MÉRITO, ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS, CONFIANZA LEGÍTIMA, DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, PETICION y DERECHO AL TRABAJO**.

SOLICITUD DE VINCULACIÓN TERCERO INTERESADO

De acuerdo con el principio de lealtad procesal y en aras de evitar posibles nulidades, solicito que se disponga la vinculación a la presente acción del señor JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO, como tercero interesado en los resultados de esta acción constitucional, quien desempeña el cargo de Procurador 25 Judicial II Administrativo de Florencia, con funciones en Barranquilla.

1. PRETENSIONES

1. Se ampare mi derecho fundamental al mérito, Acceso a los Cargos Públicos, el Derecho al Trabajo, Confianza legítima, al Debido Proceso, Igualdad, petición, y cualquier otro que se advierta por su Señoría que esté siendo amenazado o vulnerado.
2. En consecuencia, se ordene a la Procuraduría General de la República, expedir el acto administrativo de mi nombramiento como Procuradora Judicial II Delegada para la Conciliación Administrativa.

3. Se haga efectiva la posesión en el cargo en los términos de ley.

2. HECHOS Y OMISIONES QUE CONSTITUYEN LA VULNERACIÓN

ANTECEDENTES DEL CONCURSO DE MÉRITOS

1. Mediante la Resolución No. 040 de 2015, la Procuraduría General de la Nación dio apertura al proceso de selección para proveer los cargos de Procurador Judicial I y II, en cumplimiento de lo previsto por la Corte Constitucional en la sentencia C-101 de 2013. (PRUEBA 1)
2. Previo agotamiento de las etapas del concurso de méritos ordenado por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 101 de 2013, la Procuraduría General de la Nación emitió las diferentes resoluciones mediante las cuales conformó las diferentes listas de elegibles, entre ellas, la Resolución 345 del 8 de julio de 2016, publicada en la página web de la entidad para el cargo de Procurador Judicial II Delegado para la Conciliación Administrativa. (PRUEBA 2)
3. Dentro de esta lista de elegibles, es decir, la de la convocatoria 006-2015, la suscrita quedó ocupando el puesto **107** con una calificación de **76.69**.

4. El artículo 13 de la Resolución No. 345 de 2016 señala un término de vigencia de 2 años a partir de la publicación.
5. La Resolución No. 345 de 8 de julio de 2016 fue modificada por la entidad accionada, Procuraduría General de la Nación, en tres ocasiones distintas, a través de los siguientes actos administrativos:
 - a) Resolución No. 410 de **31 de agosto de 2016**, mediante la cual se dio cumplimiento a un fallo de tutela promovida por ALBA ISABEL PULGARÍN RIVERA (quien se encontraba en el puesto 144 de la lista y pasó al puesto 118), alterándose en consecuencia, el orden de la lista. (PRUEBA 3)
 - b) Resolución No. 453 de **3 de octubre de 2016**, mediante la cual se dio cumplimiento a un fallo de tutela promovido por VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE (quien se encontraba en el puesto 85 de la lista y pasó al puesto 22). (PRUEBA 4)
 - c) Resolución No. 711 de **31 de octubre de 2016**, mediante la cual se dio cumplimiento a un fallo de tutela promovido por ALBA INÉS ESPINOSA HERNÁNDEZ (quien se encontraba en el puesto 144 de la lista y pasó al puesto 141). (PRUEBA 5)

Estas tres resoluciones modificatorias, al igual que la Resolución No. 345 de 2016, fueron publicadas en el sitio web de la Procuraduría en las fechas de su expedición.

6. La Procuraduría General de la Nación, procedió a nombrar a los primeros 94 integrantes de las listas, en las 94 vacantes ofertadas dentro de la Convocatoria No. 006 de 2015, no obstante, muchos de los nombrados no aceptaron el nombramiento, otros

aceptaron y luego declinaron del mismo y otros no se posesionaron.

7. La Procuraduría General de la Nación, tenía el deber legal de continuar agotando los nombramientos en las vacantes existentes con los integrantes que seguían en lista, no obstante, éstos tuvieron que interponer acciones de tutela para ser efectivamente nombrados. En cumplimiento de estos fallos de tutela, la Procuraduría efectuó los nombramientos de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. 345 de 2016, hasta el puesto No. 105, con el nombramiento del doctor NELSON JAVIER LOTA RODRÍGUEZ, quien fue nombrado en el primer semestre del año 2017 e ingresó el 11 de julio de 2017, como me informó la Procuraduría en la respuesta que me suministró el 27 de julio de 2017. (PRUEBA 6)
8. Posteriormente, suspendió los nombramientos con el argumento de que no existían vacantes, hasta que, en diciembre de 2018, en virtud de un incidente de desacato que promovió el doctor Cesar Augusto Delgado Ramos, quien ocupó el puesto 106, éste fue nombrado en el cargo de Procurador 41 Judicial II Administrativo de Quibdó, posesionándose el 11 de diciembre de 2018.
9. De igual forma, a través de Decreto 804 de 15 de marzo de 2019, fue nombrado en el cargo de Procurador Judicial II 116 Administrativo de Medellín, el doctor OMAR ALFONSO OCHOA MALDONADO (puesto 7 de la lista), quien había declinado el nombramiento en 2 oportunidades, pero la Procuraduría lo mantuvo en la lista, con fundamento en el artículo 216, inciso final del Decreto 262 de 2000. (PRUEBA 7).

En el decreto de nombramiento del doctor OCHOA MALDONADO, se dispuso que a partir de la posesión del señor OMAR ALFONSO OCHOA MALDONADO, en el cargo señalado, culminará la vinculación laboral en provisionalidad de la señora LYDA JANETH PINTO BARÓN, **quien se desempeña en este empleo en condición de provisionalidad**, siendo que es un cargo de carrera administrativa que debió haber sido provisto con la lista de elegibles.

El señor OMAR ALFONSO OCHOA MALDONADO aceptó el nombramiento y solicitó prórroga para posesionarse.

- 10.** En consecuencia, quien sigue en lista, es la suscrita.

NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD, DE CARGOS QUE FUERON OFERTADOS DENTRO DEL CONCURSO

11. Manifiesta la Procuraduría que no existen vacantes dentro de la Convocatoria 006 de 2015 (Procuradores Judiciales II código 3PJ grado EC de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa), por cuanto de los 94 cargos existentes, se nombraron 92 de la lista de elegibles, y persisten 2 empleos con personas nombradas en condición de provisionalidad con ocasión de fallos de tutela que han ordenado el reintegro de exfuncionarios para garantizar el amparo de derechos a la estabilidad laboral reforzada con ocasión de la condición de madre cabeza de hogar y/o pre pensionados.

2.

12. Se refiere la Procuraduría, de una parte, a la señora LIDA JANETH PINTO BARÓN, quien desempeñaba el cargo de Procuradora 170 Judicial **Penal** II de Bucaramanga antes de que se ordenaran las listas de elegibles del concurso de méritos para Procuradores Judiciales, y quien fue reintegrada por la Procuraduría General de la Nación en condición de **provisionalidad** en el cargo de Procuradora Judicial II 116 Delegada para la Conciliación Administrativa con sede en Medellín, cargo que debía ser provisto con los integrantes de la lista de elegibles del concurso de méritos, pero que a pesar de esto, **la Procuraduría accionada decidió nombrar a la señora PINTO BARÓN, quien no superó las etapas del concurso**, bajo el argumento de estar cumpliendo la sentencia de segunda instancia proferida el 25 de enero de 2017 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. (PRUEBA 8).

Actualmente la señora LYDA JANETH PINTO BARÓN se desempeña en el cargo de Procuradora 116 Judicial II Administrativo de Medellín, por cuanto su nombramiento en condición de provisionalidad fue prorrogado a través de Decreto 4757 de 2 de noviembre de 2018. (PRUEBA 9).

13. El segundo caso corresponde al señor JAVIER ENRIQUE MUNERA OVIEDO, nombrado por la Procuraduría, igualmente en condición de **provisionalidad**, en la Procuraduría 52 Judicial II Administrativa con sede en Arauca, bajo el argumento de cumplimiento de la sentencia de 19 de julio de 2017 proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del

Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Stella Jeannette Carvajal Basto. (PRUEBA 10)

Actualmente el señor MUNERA OVIEDO desempeña el cargo de Procurador 25 Judicial II Administrativo de Florencia, con funciones en la ciudad de Barranquilla, por cuanto su nombramiento en condición de provisionalidad fue prorrogado a través de Decreto 4756 de 2 de noviembre de 2018. (PRUEBA 11).

14. Al respecto, hay que decir que no le asiste razón a la Procuraduría al prorrogar los nombramientos de estos 2 funcionarios en provisionalidad, por cuanto las órdenes de tutela que ampararon sus derechos lo que ordenaron fue que se les incorporara en algunas de las vacantes de la Procuraduría, no en los cargos de carrera que debían ser provistos con las listas del concurso.

En efecto, en el caso de JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO, se advierte que el fallo de tutela que le otorgó la protección constitucional a la estabilidad laboral reforzada por su condición de prepensionado, advirtió expresamente que no se podían desconocer por parte de la entidad accionada PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, los derechos fundamentales de quienes integramos las listas de elegibles, por haber superado las etapas del concurso. Así lo advirtió el Consejo de Estado en la parte considerativa de su providencia:

Ahora bien, la Sala reitera que esta decisión no debe afectar al señor Javier Lizcano Rivas, quien legítimamente superó todas las etapas

del proceso de selección y se encuentra posesionado en el cargo de Procurador Judicial II Administrativo, de lo que se concluye que la vinculación del accionante debe hacerse a uno de los ocho cargos de Procurador Judicial II provistos en provisionalidad con personas que no integraban las listas de elegibles, en tanto la protección constitucional del actor le otorga a este un mejor derecho del que actualmente poseen aquellos.

15. De igual forma, en ninguno de los 2 trámites de tutela que terminaron con las sentencias a favor de LYDA JANETH PINTO BARÓN y JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO, providencias que las Procuraduría invoca para mantenerlos en los cargos de carrera en condición de provisionalidad, se me vinculó, o se me notificó, ni a mí, ni a ninguno de los otros integrantes de la lista, a efectos de que pudiéramos hacer valer nuestros derechos.
16. Que por otra parte, la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-691 de 2017, REVOCÓ EXPRESAMENTE varios fallos de tutela que beneficiaron a ex funcionarios nombrados en provisionalidad por la Procuraduría, al ser consideradas improcedentes las tutelas y si bien se mantuvo la protección de una señora en su condición de madre cabeza de familia, este amparo lo supeditó a que dicha vinculación se prolongaría hasta tanto el cargo que la misma llegare a ocupar fuere provisto en propiedad mediante el sistema de carrera por nombramiento del funcionario que conforma la lista de elegibles, es decir **en respeto absoluto del concurso**. (PRUEBA 12).

17. Es así como, de acuerdo a la decisión de la Honorable Corte Constitucional, SENTENCIA de Unificación SU-691/17 (Noviembre 23), no existe ninguna razón, ni fundamento jurídico, para mantener en los cargos a los antiguos funcionarios que fueron reintegrados por tutela, en razón a que nuestra Alta Corporación, en la sentencia en comento, **aclara, ordena y dispone, que en ningún caso, los derechos de los provisionales pueden estar por encima de quienes ganaron el concurso público y que por lo tanto se encuentran en lista de elegibles, y antes por el contrario declaró improcedentes las tutelas presentadas por los provisionales.**

Este último pronunciamiento de la Corte Constitucional referido al concurso de méritos de Procuradores Judiciales convocado por la Procuraduría General de la Nación, plasmado en la Sentencia de Unificación SU- 691 de 23 de noviembre de 2017, estableció tajantemente que la Procuraduría debía proceder a agotar la lista de elegibles dentro de la Convocatoria No. 006 de 2015, así:

"... La terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de los funcionarios en provisionalidad, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos...

En conclusión: Si existen vacantes PARA MI NOMBRAMIENTO, pese a lo cual la Procuraduría paralizó los nombramientos del concurso, bajo el argumento de cumplimientos de tutela a favor de personas que invocaban condición de prepensionados.

DE LA VIGENCIA DE LA LISTA DE ELEGIBLES Y LA EXISTENCIA DE VACANTES DURANTE DICHA VIGENCIA

- 18.** Faltando pocos días para que por disposición legal las catorce listas de elegibles para los cargos de Procuradores Judiciales I y II perdieran vigencia, ocurrió que dicha vigencia fue suspendida mediante auto número 2018-07-0419-AP proferido el 6 de julio de 2018 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en el proceso de acción popular radicado bajo el número 25000-234-1000-2018-00666-00. Esto, luego de constatarse el riesgo que para la moralidad administrativa entrañaba permitir que fenecieran las listas de elegibles que la Procuraduría General de la Nación mantuvo suspendidas de facto, sin justificación jurídica alguna, por varios meses. (PRUEBA 13).
- 19.** Fue así como, en cumplimiento de dicha orden, el señor Procurador General de la Nación profirió la Resolución 402 del 10 de julio de 2018, con la cual suspendió transitoriamente la vigencia de las listas de elegibles del concurso convocado mediante resolución 040 de 2015, **la cual continúa vigente** a la fecha de presentación de esta demanda. (PRUEBA 14).
- 20.** A través de providencia del 18 de septiembre de 2018, ejecutoriada el 12 de marzo de 2019, (PRUEBA 15), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca levantó la medida cautelar decretada el 6 de julio de 2018 dentro de la acción popular 2018-666; no obstante, **se reitera que se generaron vacantes**

antes del 12 de marzo de 2019, esto es, en vigencia de las lista de elegibles, y específicamente dentro de la convocatoria 006 de 2015, existen 2 vacantes que fueron ofertadas en el concurso, en las cuales se nombraron en provisionalidad a 2 funcionarios que nunca han tenido derechos de carrera, ni se encuentran dentro de las listas de elegibles.

En una de estas, como ya se dijo, se nombró al doctor OMAR ALFONSO OCHOA MALDONADO a través del Decreto 804 del 15 de marzo de 2019, **pero la otra vacante, continúa siendo ocupada por el señor JAVIER MÚNERA OVIEDO en condición de provisionalidad, y no ha sido provista con ningún integrante de la lista.**

21. En consecuencia, las vacantes existentes antes de que expirara la lista de elegibles conformada mediante Resolución 345 de 8 de julio de 2016, modificada con las Resoluciones 453 de 3 de octubre de 2016 y 711 de 31 de octubre de 2016, para proveer los cargos de carrera de Procuradores Judiciales II Delegados para la Conciliación Administrativa, deben proveerse con los integrantes de la misma.

SENTENCIA DE TUTELA QUE ORDENÓ EL REINTEGRO DEL DOCTOR JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO, EN SU CONDICIÓN DE PREPENSIONADO, EN UNA PLAZA VACANTE POR EL TIEMPO QUE SE REQUIRIERA PARA LA CONSOLIDACIÓN DE SU DERECHO A LA PENSIÓN DE VEJEZ.

22. Mediante fallo de tutela del 1 de febrero de 2017 el Tribunal Administrativo del Atlántico amparó los derechos fundamentales del doctor JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO al trabajo, a la seguridad social, estabilidad laboral y mínimo vital, como consecuencia de ese amparo, ordenó expresamente lo siguiente:

"1- CONCEDER el amparo a los derechos constitucionales al trabajo, a la estabilidad laboral, a la seguridad social y al mínimo vital del señor Javier Múnera Oviedo, infringidos por la Procuraduría General de la Nación, como consecuencia de la decisión de terminar su vinculación en provisionalidad como Procurador Judicial II Administrativo, pese a su condición de prepensionable, conforme a lo expuesto en las consideraciones de este fallo de tutela.

2.- ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que, dentro del término de cinco (5) días, vincule en provisionalidad, sin solución de continuidad, al señor Javier Enrique Múnera Oviedo, si no lo hubiere hecho ya, en un cargo de Procurador Judicial II no provisto mediante lista de elegibles o en un cargo de similares características, hasta tanto cumpla los requisitos para obtener la pensión de vejez, conforme el sistema por el que ha optado el actor (el previsto en el Artículo 64 de la Ley 100 de 1993), y sea efectivamente incluido en nómina de pensionados.

"De igual forma, la Procuraduría General de la Nación, dará al

actor la oportunidad, si no lo hubiere hecho ya, de que entre los cargos posibles, conforme lo expuesto en la parte considerativa de este proveído, sea restablecido en un cargo ubicado cerca de su lugar de residencia, esto es, la ciudad de Barranquilla."

- 23.** Se destaca, que en esta sentencia de tutela, NO SE DISPUSO EL REINTEGRO del accionante JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO al mismo cargo que desempeñaba o a uno similar, **SINO SU VINCULACIÓN y bajo 2 condiciones precisas:** en primer lugar, que esa reubicación debía ser **de manera provisional**, esto es, **únicamente por el tiempo que se requiriera para que éste consolidara su derecho a la pensión de vejez;** y segundo, que la vinculación debía realizarse **"en un cargo no provisto mediante las listas de elegibles"** de la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación.

Nótese que en esta sentencia de tutela, en ningún momento se dijo que la orden debía cumplirse desconociendo los derechos de los integrantes de las listas de elegibles, sino todo lo contrario, en un cargo que no estuviere provisto con una lista de elegibles, lo cual incluye e incluía la prohibición de incorporar al accionante a un cargo de Procurador Judicial II Administrativo, por cuanto para estos cargos, existe una lista de elegibles como ya se explicó.

- 24. Nombramiento de JAVIER ENRIQUE MÚNERA efectuado por la Procuraduría General de la Nación.** La Procuraduría General de la Nación nombró a JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO inicialmente en el cargo de Procurador 52

Judicial II Delegado Administrativo de Arauca, desconociendo los legítimos derechos de quienes nos encontramos en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 345 de 2016, dentro de la Convocatoria 006 de 2015.

25. No le asistía ninguna obligación jurídica a la Procuraduría para incorporar al mencionado al cargo de Procurador 52 Judicial II Administrativo de Arauca, desconociendo la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. 345 de 2016 dentro de la convocatoria 006 de 2015. Máxime cuando dentro de este trámite de tutela no se llamó o convocó a ninguno de los que conformamos la lista de elegibles dentro de la convocatoria en la que finalmente se incorporó al señor JAVIER MÚNERA.

26. Adicionalmente, el fallo de tutela ordenó a la Procuraduría que se reincorporara a JAVIER ENRIQUE MÚNERA en UN CARGO NO PROVISTO MEDIANTE LA LISTA DE ELEGIBLES; más, sin embargo, dentro de los cargos ofertados en la convocatoria 006 de 2015 no habían vacantes para cumplir esta sentencia de tutela, ya que somos muchos más los que quedamos en lista de elegibles, que el número de cargos ofertados. Luego, la Procuraduría General de la Nación debió incorporar a JAVIER ENRIQUE MÚNERA **en una real y verdadera vacante**, es decir, en un cargo respecto del cual no existiera conformada una lista de elegibles integrada por aspirantes con mejor derecho, por haber superado las etapas del concurso de méritos.

27. El señor Procurador General de la Nación ha mantenido en el tiempo la vinculación provisional del doctor JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO como Procurador 52 Judicial II Administrativo de

Arauca, y luego trasladándolo al cargo de Procurador 25 Judicial II Administrativo de Florencia con funciones en Barranquilla, prorrogándole sucesivamente su nombramiento, **siendo la última prórroga la contenida en el Decreto 4756 de 2 de noviembre de 2018.**

Con ello, la Procuraduría General de la Nación no sólo volvió a contrariar la orden de tutela que dispuso que se debía reubicar en un cargo no provisto mediante la lista de elegibles, desconociéndose los legítimos derechos de carrera y mérito de los aspirantes a este cargo que nos encontramos inscritos en la lista de elegibles, sino que además, incurrió en una segunda irregularidad, pues desconoció que la sentencia de unificación SU-691 del 23 de noviembre de 2017 de la Corte Constitucional había determinado con efectos *inter comunis* que, salvo el caso de las madres cabeza de familia y bajo muy estrictos requisitos en su caso, *"a los cargos de provisionalidad o de libre nombramiento y remoción no le son aplicables reglas de prepensionados o de retén social, menos aún en el caso de profesiones liberales"*.

- 28.** El Procurador General de la Nación ha desconocido abierta y tajantemente los derechos de los aspirantes a los cargos de Procuradores Judiciales II que conformamos las listas de elegibles para estos cargos, toda vez que ha mantenido indefinidamente en el tiempo a través de prórrogas sucesivas al funcionario JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO en condición de provisionalidad, **siendo que el amparo que le fue a él concedido, era para que se incorporara en un cargo no provisto mediante la lista de elegibles, y sobre todo, transitoriamente, por el**

tiempo que le faltare para cumplir los requisitos para acceder a su pensión de jubilación.

29. A la fecha, ha transcurrido 2 años y 6 meses aproximadamente, desde la desvinculación del doctor JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO, y dos años y 3 meses desde que fue nombrado en provisionalidad en cumplimiento del fallo de tutela, **razón por la cual ya está más que superado el tiempo que le faltaba para cumplir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.**

30. El señor JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO ya cumplió con la totalidad de los requisitos para ser acreedor de una pensión de jubilación (edad y tiempo de servicios), pese a lo cual ha permanecido en el cargo.

31. De conformidad con lo expuesto en el hecho anterior, el señor JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO se ha mantenido en el cargo sin haber iniciado los trámites para acceder a su pensión, siendo que la razón por la cual invocó la acción de tutela para que no se le desvinculara de la Procuraduría, era una condición de prepensionado, misma razón que tuvo en cuenta el Consejo Superior de la Judicatura para otorgarle el amparo en el fallo de tutela calendado 1 de febrero de 2017, en el cual recuérdese que lo que se ordenó fue su reubicación DE MANERA TRANSITORIA, **"...en un cargo no provisto mediante la lista de elegibles..."**

32. En virtud de lo anterior, la Procuraduría no debió haberle prorrogado el nombramiento el 2 de noviembre de 2018 al doctor

JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO, por cuanto si el argumento para su nombramiento en un cargo de carrera administrativa en condición de provisionalidad, desconociendo los derechos legítimos de los integrantes de las listas de elegibles para ocupar este cargo, era el cumplimiento de un fallo de tutela, este mismo fallo en ningún momento ordenó que se le nombrara indefinidamente, sino todo lo contrario, **el amparo era provisional**, HASTA QUE SE CONSOLIDARA A SU FAVOR EL DERECHO PENSIONAL, y en el fallo de tutela se advierte que el señor MÚNERA OVIEDO no se encontraba dentro del régimen de prima media, sino con el régimen de ahorro individual, afiliado a un Fondo de pensiones privado.

33. Esto significa, que el requisito de edad no le es exigible, y ya tiene mucho más del mínimo cotizado, **luego no existe ninguna razón jurídica válida para afirmar que a estas alturas (2 años después del fallo de tutela), aún sea merecedor de la protección laboral reforzada por condición de prepensionado, por cuanto si no ha accedido a su pensión ha sido por su propia omisión en adelantar y obtener esta prestación.**

34. Luego, si el señor JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO no ha recibido su mesada pensional, ha sido por su misma negligencia al querer perpetuarse en el cargo, omitiendo iniciar el trámite de reconocimiento pensional, lo cual hace que pierda vigencia el fallo de tutela que le amparó sus derechos, al haberse cumplido la condición temporal de la orden, consistente en que adquiriera el derecho a ser beneficiario de una pensión de

vejez, toda vez que este derecho se adquiere cuando se reúnen los requisitos de ley.

SENTENCIAS DE TUTELA QUE ORDENAN A LA PROCURADURÍA RECOMPONER LAS LISTAS DE ELEGIBLES Y QUE NO HAN SIDO CUMPLIDAS

35. La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento del 5 de febrero de 2019, con ponencia de la Consejera STELLA JEANETTE CARVAJAL BASTO, aclaró la sentencia de segunda instancia dentro de la acción de tutela promovida por la actora MARIA MAGALY SANTOS MURILLO, acción constitucional en donde la suscrita intervino como coadyuvante, ordenando a la Procuraduría que, dentro de los 5 días siguientes contados a partir de la notificación:

"RECOMPONER la lista de elegibles del concurso de méritos, convocatoria 006 de 2015, para que de conformidad con la Resolución 040 de 20 de enero de 2015 y el Decreto Ley 262 de 2000, se tenga en cuenta a aquellos que siendo nombrados en periodo de prueba no hayan aceptado o no se hayan posesionado por razones ajenas a su voluntad y continúen en la lista. Una vez efectúe la recomposición de la misma, deberá en el término de diez (10) días siguientes proveer de manera definitiva todos los cargos que fueron ofertados en la convocatoria No. 006 de 2015"

(PRUEBAS 16 Y 17)

En la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia, el Consejo de Estado advirtió lo siguiente:

"(...) Así las cosas, se tiene que aún existen dos vacantes que están siendo ocupadas en provisionalidad en cumplimiento de órdenes judiciales de tutela, que corresponden a la Procuraduría 25 Judicial II Administrativa de Florencia y a la Procuraduría 116 Judicial II Administrativa de Medellín, siendo este el motivo por el cual la PGN se ha negado a continuar con el agotamiento de la lista de elegibles, en la que la accionante se encuentra en el puesto N° 108.

"De la lectura de las órdenes de tutela, se observa que en ninguna de las órdenes judiciales que ordenaron vincular a los señores Javier Enrique Múnera Oviedo y Lida Janeth Pinto Barón se da la instrucción precisa a la PGN de efectuar su nombramiento en provisionalidad en alguno de los cargos que fueron ofertados en la Convocatoria N° 006 de 2015. Por el contrario, en el caso del señor Javier Múnera, esta Sala fue clara al señalar que su vinculación debía hacerse en uno de los cargos provistos en provisionalidad con personas que no integraban las listas de elegibles pues no se puede afectar a quienes legítimamente superaron todas las etapas del proceso de selección, lo que fue debidamente apreciado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil¹, en el fallo de la acción de tutela promovida por el señor Dexter Emilio Cuello Villareal. (...)

"(...) En efecto, aun cuando a los señores Javier Enrique Múnera Oviedo y Lida Janeth Pinto Barón les fue concedido el derecho a ser nombrados en provisionalidad, en virtud de su estatus de prepensionados, este derecho no puede prevalecer sobre los

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 10 de agosto de 2018, radicado número 2018-01217-01 (STC10355-2018), Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

derechos de quienes ganaron el concurso público de méritos (Convocatoria N° 006 de 2015), por lo que, para esta Sala, la PGN vulneró el derecho fundamental al debido proceso y el principio al mérito con ocasión a la falta de agotamiento de la lista de elegibles por cuenta del nombramiento en provisionalidad de los señores Javier Enrique Múnera Oviedo y Lida Janeth Pinto Barón en cargos que fueron ofertados dentro del concurso, pues dicho nombramiento pudo efectuarse en otros cargos, como por ejemplo, aquellos que se encuentran vacantes porque sus titulares se encuentran desempeñando cargos en otras entidades. Circunstancia que fue expresada por la propia PGN en Oficio N° SG 004443 de 13 de junio de 2018, suscrito por la secretaria general de la entidad, en el que se le manifestó a la accionante que existen 4 cargos que ya habían sido provistos mediante nombramiento en propiedad como resultado del concurso y que estaban siendo ocupados por funcionarios en provisionalidad con ocasión de la comisión concedida a los titulares para desempeñar funciones en otras entidades. (...)

"... Así las cosas, se observa que la PGN no cumplió con lo establecido en la precitada norma teniendo en cuenta que las circunstancias en las que se encontraban los señores Javier Enrique Múnera Oviedo y Lida Janeth Pinto Barón no se enmarcan en alguna de las causales que permiten que la provisión definitiva de los empleos de carrera en la PGN se haga por encima de quienes ocupan la lista de elegibles, ya que su orden de reintegro no se debió a una situación previa de carrera administrativa sino que se encontraban nombrados en provisionalidad (estabilidad laboral reforzada relativa), a lo que se agrega que las órdenes judiciales de tutela no fueron proferidas en el sentido de desconocer la lista de elegibles. (...)"

36. En consecuencia, existe una orden judicial que obliga a la Procuraduría accionada **a proveer los cargos ofertados en la convocatoria 006 de 2015, correspondientes a los cargos de procuradores judiciales II administrativos, sin tener en cuenta dentro de dicha provisión, a las personas que se encuentren en situación de provisionalidad.**
37. Pese a esta decisión judicial, el Procurador General de la Nación no ha dado cumplimiento a este fallo de tutela, por cuanto ni ha hecho la recomposición de la lista, ni tampoco ha procedido a proveer todos los cargos de manera definitiva que fueron ofertados en la convocatoria 006 de 2015. Por lo cual la suscrita promovió incidente de desacato, el cual se encuentra en trámite (PRUEBA 18).
38. Lo anterior indica que no puede la Procuraduría continuar manteniendo en el cargo de Procurador Judicial II 25 Administrativo de Florencia con funciones en la ciudad de Barranquilla, al doctor JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO, **dado que este cargo hace parte de los que fueron ofertados en el concurso de mérito**, y existen personas con mejor derecho dentro de la lista de elegibles de este concurso, la cual, como se ha explicado, se encuentra vigente.
39. En igual sentido, el Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia del Consejero Milton Chaves García, dentro de la acción de tutela 2018-1523, promovida por OMAR ALFONSO OCHOA MALDONADO, dictó sentencia de segunda instancia calendada 28 de noviembre de 2018, aclarada con providencia del 5 de febrero de 2019, en la cual se ordenó lo siguiente:

1. *ACLARAR el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de 28 de noviembre de 2018, que quedará así:*

"Amparar el principio constitucional del mérito y el derecho al debido proceso administrativo del señor Omar Alfonso Ochoa Maldonado.

*Ordenar a la PGN que dentro de los 5 días contados a partir de la notificación de esta providencia proceda a recomponer la lista de elegibles del concurso de méritos, Convocatoria No. 006 de 2015, para que de conformidad con la Resolución No. 040 de 20 de enero de 2015, y el Decreto Ley 262 de 2000, se tenga en cuenta a aquellos que, siendo nombrados **en periodo de prueba**, no hayan aceptado o no se hayan posesionado por razones ajenas a su voluntad, y continúen en la lista. Lo anterior, con el fin de que en el término de 10 días siguientes a la recomposición de la lista proceda a proveer de manera definitiva todos los cargos que fueron ofertados en la Convocatoria No. 006 de 2015."*

(PRUEBAS 19 Y 20)

40. El Procurador General de la Nación tampoco ha dado cumplimiento a esta sentencia de tutela, por cuanto no ha procedido a recomponer la lista de elegibles de la convocatoria 006 de 2015, ni tampoco ha procedido a proveer todos los cargos que fueron ofertados dentro de la misma, por cuanto continúa manteniendo en condición de provisionalidad al doctor JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO en un cargo de Procurador Judicial II Delegado administrativo que fue ofertado dentro de la Convocatoria 006 de 2015, sin proceder al nombramiento de este cargo con un integrante de la lista de elegibles, y en relación con

el cargo que ocupa la funcionaria LIDA JANETH PINTO BARÓN, hasta en el mes de marzo de 2019 procedió a nombrar en éste al doctor OMAR ALFONSO OCHOA MALDONADO, de manera extemporánea. En este orden de ideas, la suscrita presentó solicitud de apertura de desacato ante el Consejo de Estado (PRUEBA 21), y este alto tribunal requirió a la Procuraduría por segunda vez para que informara sobre el cumplimiento del fallo, pese a lo cual la entidad aquí accionada ha guardado silencio. (Se anexa auto del Consejo de Estado). (PRUEBA 22).

41. Se insiste en que los fallos de tutela que otorgaron el amparo a JAVIER MUNERA OVIEDO y LYDA JANETH PINTO BARÓN, no tenían la virtualidad de afectar los derechos de los integrantes de las listas de elegibles, y por ello la Procuraduría debió vincular a estos funcionarios en cargos que sí pudieran proveerse mediante una situación de provisionalidad, y no en cargos de carrera administrativa, destinados a ser provistos única y exclusivamente con integrantes de las listas de elegibles. Nótese que muchos de los Procuradores Judiciales de carrera se encuentran en situaciones administrativas de “comisión especial” por 3 años, esto es, ocupando otros cargos en otras entidades del estado sin desvincularse de sus cargos de carrera, de manera que en estos cargos ha debido la Procuraduría nombrar en provisionalidad a los que tienen fallos de tutela favorables, como es el caso de LYDA JANETH PINTO BARÓN y de JAVIER ENRIQUE MUNERA OVIEDO.

42. Así lo señaló el Consejo de Estado, en la ya citada sentencia de tutela de segunda instancia, dentro de la acción promovida por MARIA MAGALY SANTOS MURILLO:

En efecto, aun cuando a los señores Javier Enrique Múnera Oviedo y Lida Janeth Pinto Barón les fue concedido el derecho a ser nombrados en provisionalidad, en virtud de su estatus de prepensionados, este derecho no puede prevalecer sobre los derechos de quienes ganaron el concurso público de méritos (Convocatoria N° 006 de 2015), por lo que, para esta Sala, la PGN vulneró el derecho fundamental al debido proceso y el principio al mérito con ocasión a la falta de agotamiento de la lista de elegibles por cuenta del nombramiento en provisionalidad de los señores Javier Enrique Múnera Oviedo y Lida Janeth Pinto Barón en cargos que fueron ofertados dentro del concurso, pues dicho nombramiento pudo efectuarse en otros cargos, como por ejemplo, aquellos que se encuentran vacantes porque sus titulares se encuentran desempeñando cargos en otras entidades. Circunstancia que fue expresada por la propia PGN en Oficio N° SG 004443 de 13 de junio de 2018, suscrito por la secretaria general de la entidad², en el que se le manifestó a la accionante que existen 4 cargos que ya habían sido provistos mediante nombramiento en propiedad como resultado del concurso y que estaban siendo ocupados por funcionarios en provisionalidad con ocasión de la comisión concedida a los titulares para desempeñar funciones en otras entidades.

- 43. La situación de la presunta estabilidad laboral reforzada de los funcionarios que se encuentran en situación de provisionalidad por tener la condición de prepensionados.** Los prepensionados son aquellas personas

² Folios 62 y ss ibíd.

próximas a pensionarse que gozan de la protección reforzada reconocida por la ley a sujetos de especial vulnerabilidad, **por estar próximos a pensionarse y faltarles tres o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización** para obtener el disfrute de la pensión de vejez.

- 44.** En la sentencia del 20 de abril de 2017 de la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Rafael Francisco Suárez, Radicación 2016-6001, se explicó cómo opera la estabilidad laboral reforzada de personas próximas a pensionarse que ocupan cargos en provisionalidad sometidos a concurso público de méritos. Según la providencia, cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es además sujeto de especial protección constitucional concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, especialmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. Es importante resaltar que los sujetos de especial protección son las madres o padres cabeza de familia, los funcionarios que están próximos a pensionarse o los funcionarios que padecen alguna discapacidad física, mental, visual o auditiva. Acorde con la jurisprudencia precedente, el alto tribunal administrativo enfatizó que la eficacia de los derechos indicados depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa.

Con todo, concluyó que cuando el cargo ocupado por una persona próxima a pensionarse es ofertado en un concurso de méritos

entran en tensión los derechos del aspirante que superó el concurso para acceder al cargo y la protección de los derechos del prepensionado, por lo que no es posible resolverse únicamente a favor de alguno. Por el contrario, se debe realizar una ponderación de los derechos que no afecte el núcleo esencial de ninguno de los dos, de tal manera que debe efectuarse un examen objetivo de las circunstancias del caso y cuando no se haya provisto todos los cargos por el concurso debe adoptarse la acción razonable para la protección correlativa de los derechos.

**SOLICITUD DE NOMBRAMIENTO ANTE LA PROCURADURÍA
GENERAL DE LA NACIÓN- NO HE RECIBIDO RESPUESTA DE
FONDO**

45. A través de escrito radicado con el No. 2018-609289, (PRUEBA 23), solicité al Procurador General de la Nación mi nombramiento, en cumplimiento de la sentencia de tutela de segunda instancia dictada a favor de MARIA MAGALY SANTOS MURILLO, en donde la suscrita intervino como coadyuvante, frente a lo cual la Procuraduría General de la Nación a través de su secretaría general, con oficio de 19 de diciembre de 2018, (PRUEBA 24), me contestó lo siguiente:

Al respecto, es pertinente indicar que la Procuraduría General de la Nación no ha sido notificada del fallo de tutela que acompaña su petición; en virtud de lo anterior, la entidad se abstiene de pronunciarse sobre este particular, aclarando que dentro de los términos del debido proceso, dispondrá todas las acciones encaminadas al cumplimiento de la providencia.

Por otra parte le informo que respecto a las revocatorias de los nombramientos efectuados en la más reciente etapa de

agotamiento de las listas de elegibles, dentro de la cual tuvo lugar la designación del señor Omar Alfonso Ochoa Maldonado, puesto número 7 de la referida convocatoria, la entidad encontró procedente mantenerlo en la lista.

Para concluir, debe señalarse que la Procuraduría General de la Nación, continuará con el agotamiento de la lista de elegibles, en estricto orden de mérito y durante la vigencia de la misma, conforme lo establece el Decreto Ley 262 de 2000, artículo 216, en razón de lo cual, de verificarse que hay lugar a su nombramiento, este le estará siendo oportunamente notificado.

46. Posteriormente, a través de escrito radicado el 26 de marzo de 2019 con el No. 167582, (PRUEBA 25), solicité al Procurador General de la Nación mi nombramiento, con fundamento en las consideraciones aquí descritas, **petición frente a la cual no he recibido respuesta de fondo, puesto que solo me informaron vía correo electrónico que estaba en estudio, y que a más tardar el 3 de mayo respondían** (PRUEBA 26).

Sin embargo, a la fecha de presentación de esta acción, no he recibido notificación alguna. Cabe anotar que vengo reclamando mi nombramiento ante esta entidad desde diciembre de 2016, **frente a lo cual he recibido solo respuestas evasivas por parte de la accionada, y muchas de mis peticiones han sido completamente IGNORADAS por LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, violando mi derecho de petición,** como se demuestra en las comunicaciones de octubre de 2016, diciembre 2016, abril de 2017, junio 2017, enero de 2018 y mayo de 2018 y septiembre de 2018, que se anexan. (PRUEBAS 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 y 34).

- 47.** La Procuraduría ha mantenido en los cargos de Procurador Judicial II Administrativo en condición de provisionalidad a los señores LIDA PINTO y JAVIER MÚNERA, por casi 2 años, siendo que estos cargos (específicamente Procurador 116 Judicial II Administrativo de Medellín y Procurador 25 Judicial II de Florencia con funciones en Barranquilla), corresponden a los ofertados dentro de la Convocatoria 006 de 2015, y que por lo tanto, debieron y deben ser ocupados por los integrantes de la lista de elegibles conformada con Resolución No. 345 de 2016. Estos casi 2 años en que no se han provisto estos cargos con los integrantes de las listas, bajo el entendido de que estaban ocupados con personas ajenas a la lista, deben restablecerse a favor de los integrantes de dichas listas, quienes no tienen el deber jurídico de soportar la carga de la reubicación de estos funcionarios en los cargos que les correspondía ocupar a ellos legítimamente, por haber sido ofertados en el concurso, y en relación con los cuales existen situaciones jurídicas consolidadas, como es la conformación de una lista de personas que cumplieron con todos los requisitos para ser nombrados en tales cargos.

SOBRE LA VIGENCIA DE LAS LISTAS Y LA PRE EXISTENCIA DE VACANTES- RESPETO A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.

- 48.** La vigencia de la lista representa más que una simple fijación de términos, un derecho fundamental que deviene del mérito (Principio fundamental) y, por ende, garantiza el ingreso al

sistema de carrera administrativa de todo aquél que figure en la lista de elegibles.

49. Sobre la existencia de vacantes antes de la expiración de las listas de elegibles, ha sido el criterio reiterado de las Altas Cortes **que mientras las vacantes se hubieren generado en vigencia de las mismas, es deber del nominador proceder a los nombramientos en estricto orden descendente, sin que sea requisito para ello que el elegible solicite el nombramiento o acuda a una acción judicial, por cuanto es una carga que no le es exigible.** De manera que, si opera la extinción de la vigencia de las listas, pero las vacantes se generaron antes de que las listas expiraran, persiste la obligatoriedad para la entidad de realizar los nombramientos agotando las listas de elegibles en el orden de elegibilidad. Ello se fundamenta en la aplicación del principio constitucional del **RESPECTO A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.**

50. Sobre el particular, traigo a colación las siguientes sentencias y normatividad:

- a) Sentencia del 15 de febrero de 2017 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro de la Acción de Tutela No. 2016-5854 accionante Jerly Lorena Ardila Camacho contra la Procuraduría General de la Nación. (PRUEBA 35). En esta providencia se señaló:

"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 públicos 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", 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".

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 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." 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”.

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 procesos” 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 entidad. (Se destaca y subraya)

b) Fallo 3113 de 17 de febrero de 2011 proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, Consejera Ponente María Elizabeth García González, en el cual se estipuló: (PRUEBA 36)

*"El resultado de la participación en el concurso de méritos es la **lista de elegibles**, en la que de manera ordenada se indican las personas que alcanzaron los mejores resultados en las diferentes pruebas realizadas, para acceder a los respectivos cargos. La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, como de esta Corporación ha sostenido que la provisión de cargos para la carrera administrativa debe tener en cuenta el orden establecido en el correspondiente registro de elegibles, so pena de afectar diversos derechos fundamentales.*

"Ahora bien, es posible que en el marco de un concurso de méritos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, la Administración lesione ciertas garantías y se aparte del debido proceso administrativo, en razón a que, por ejemplo, no efectúa las publicaciones que ordena la ley, no tiene en cuenta el estricto orden de méritos, los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos no gozan de confiabilidad y validez, o no aplica las normas de carrera administrativa, para una situación jurídica concreta.

"En el caso particular, las demandadas estaban en la obligación de hacer uso de la lista de elegibles, en la que la actora ocupaba el segundo lugar, por cuanto quien obtuvo el primer lugar (Dora Inés Ojeda Roncacio), ya fue nombrada y posesionada en la vacante, según la afirmación hecha por la Subdirectora de Talento Humano (E) del Ministerio de

Educación, en la respuesta al derecho de petición de la demandante, visible a folio 419.

"De este modo, frente a la vulneración del debido proceso administrativo, entendido como "la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley", debe el juez de tutela ordenar las medidas que sean pertinentes para reestablecer el derecho conculcado.

"En consecuencia, siguiendo los parámetros precisados en la sentencia de 24 de abril de 2008, Consejero Ponente Dr. RAFAEL OSTAU DE LAFONT PIANETA antes transcritos, se amparará el derecho al debido proceso y al acceso a un cargo público, por mérito, de la ciudadana María Dugley Duque Pulido. Es pertinente aclarar que pese a que la lista de elegibles conformada mediante Resolución 639 de 6 noviembre de 2008, estuvo vigente hasta el 24 de noviembre de 2010, tiene plena aplicabilidad, comoquiera que la petición de amparo se elevó antes de dicha fecha.

c) Un fallo de tutela de la Sección Quinta del Consejo de Estado (Sentencia 2015-315701) advirtió que para que proceda el nombramiento, en virtud de una lista de elegibles, no se requiere que el interesado eleve una solicitud, pues ello constituiría una carga que ni la ley, ni la jurisprudencia han previsto como requisito para proveer las vacantes. En el caso concreto, se

analizó la acción interpuesta por una ciudadana a quien se le negó el nombramiento en carrera en la Defensoría del Pueblo, con fundamento en que dentro del término de vigencia de la lista de elegibles que conformaba, no solicitó la vacante. Al respecto, éste alto Tribunal citó la sentencia C-319 del 2010, en la cual la Corte Constitucional recalcó el deber del nominador de acudir a la lista para los nombramientos. En consecuencia, consideró el Consejo de Estado que la entidad debió acudir a la lista conformada para proveer las vacantes que se generaron durante los seis meses de vigencia de ésta y no negar la solicitud de vinculación de la actora y trasladarle una carga que no le correspondía.

d) La Corte Constitucional en la sentencia C-319 de 2010 (PRUEBA 37), reiterada posteriormente en las providencias SU-446 de 2011 y T-112 A de 2014, plasmó la siguiente consideración:

"...es potestad del legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Facultad que también puede ostentar la entidad convocante, quien en las reglas que regirán el concurso puede señalar expresamente que la lista que se configure servirá para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista para empleos de la misma naturaleza y perfil. La introducción de este criterio es una pauta de obligatoria observancia para la administración, que le permitirá, en el término de vigencia del registro de elegibles que se llegue a conformar, proveer las vacantes que se lleguen a presentar, por cuanto expresamente habilitó el uso de ese acto administrativo para tal efecto."

- 51.** Es sabido que el Decreto 262 de 2000 que reglamenta el régimen de carrera en la Procuraduría General de la Nación, sobre este tópico, prescribe:

ARTÍCULO 216. Lista de elegibles. *Formarán parte de la lista de elegibles para el empleo correspondiente los concursantes que obtengan, un puntaje total igual o superior al 70% del máximo posible en el concurso.*

La lista de elegibles se elaborará en riguroso orden de mérito. Tendrá vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su publicación y deberá estar contenida en resolución proferida por el Procurador General.

La provisión de los empleos objeto de convocatoria será efectuada con quien ocupe el primer puesto en la lista y en estricto orden descendente.

La lista deberá fijarse en donde se publicaron los demás actos expedidos dentro del proceso de concurso.

Quienes obtengan puntajes totales iguales tendrán el mismo puesto en la lista de elegibles. Si esta situación se presenta en el primer lugar, el nombramiento recaerá en quien haya obtenido el puntaje superior en la prueba de conocimientos y si el empate persiste, en quien demuestre haber cumplido con el deber de votar en las elecciones públicas inmediatamente anteriores. Si no se puede dirimir el empate, el nominador escogerá discrecionalmente.

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 último caso, la no aceptación del nombramiento no constituye causal para la exclusión de la lista de elegibles.

(Se destaca y subraya).

f) En la Sentencia SU-691 de 2017 la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia en relación con varias acciones de tutela en las cuales se invocaba el derecho a la estabilidad laboral reforzada para continuar en condición de provisionalidad, frente a los nombramientos por el concurso de Procuradores Judiciales, recordándole a la Procuraduría el deber que tiene de agotar las vacantes existentes con los elegibles que superaron el concurso de méritos. Esta sentencia no sólo es vinculante en su decisión, sino también en el núcleo central de su motivación (ratio decidendi) por tratarse de una sentencia de unificación.

52. En este orden de ideas, apelo a los principios fundamentales de igualdad, justicia y equidad, para que se ordene a la entidad aquí accionada mi nombramiento en el cargo de Procurador 25 Judicial II Administrativo de Florencia con funciones en Barranquilla, por cuanto este cargo está siendo desempeñado por un funcionario que no tiene derechos de carrera administrativa, ni se encuentra en periodo de prueba, toda vez

que no superó las etapas del concurso de mérito, doctor Javier Enrique Múnera Oviedo. Razón por la cual, **se presentan las mismas condiciones fácticas y jurídicas**, en relación con el cargo de Procurador 116 Judicial II Administrativa que está siendo ocupado por la doctora Lida Janeth Pinto, y en el cual la Procuraduría a través del Decreto 804 del 15 de marzo de 2019 decidió nombrar al doctor OMAR ALFONSO OCHOA MALDONADO, desvinculando a partir de la fecha de la posesión, a la doctora Lida Janeth, por no tener mejor derecho a ocupar ese cargo que el doctor Omar Alfonso, quien si es integrante de la lista de elegibles.

- 53. Así las cosas, si la Procuraduría nombró al doctor OMAR ALFONSO en uno de los 2 cargos que están siendo ocupados en provisionalidad por personas que alegan tener derecho a la estabilidad reforzándose amparándose en un fallo de tutela, por derecho a la igualdad debe proceder de inmediato a hacer lo mismo en relación con el otro cargo que está ocupado en provisionalidad con el servidor Javier Enrique Múnera Oviedo, este es, el cargo de Procurador 25 Judicial II Administrativo de Florencia con funciones en la ciudad de Barranquilla, nombrándome en dicho cargo, por cuanto soy quien sigo en lista.**

Por ende, solicito señores Magistrados, que se ordene a la Procuraduría General de la Nación que sin más dilaciones y de inmediato, proceda a efectuar mi nombramiento, en atención a las

consideraciones plasmadas en los fallos judiciales aquí referenciados, en las cuales se aclara que la protección constitucional de los doctores LIDA JANETH PINTO BARÓN y JAVIER MÚNERA OVIEDO, no puede desconocer los derechos de quienes integramos la lista de elegibles, ya que no se puede afectar a quienes superamos todas las etapas del proceso de selección, razón más que suficiente para dar por terminado el nombramiento en provisionalidad que ostenta el doctor MÚNERA OVIEDO en el cargo de Procurador Judicial 25 II Administrativo de Florencia con funciones en Barranquilla, y proceder a mi nombramiento en el cargo que éste ocupa.

54. Con esta omisión de la Procuraduría en dar cumplimiento a su deber legal de efectuar mi nombramiento en el cargo vacante que existe (Procurador 25 Judicial II Administrativo de Florencia con funciones en Barranquilla), se me está causando una amenaza latente y un perjuicio irremediable y por el contrario se mantiene en sus puestos en condición de provisionalidad a quienes no tienen ningún derecho legítimo a ello por no haber superado las etapas del concurso.

55. Esta circunstancia hace que sea necesaria la intervención excepcional del Juez constitucional para proteger mis derechos a ocupar un cargo público, al trabajo, al debido proceso, igualdad, mérito, y confianza legítima.

56. No puede perderse de vista que es deber constitucional y legal de la Procuraduría General de la Nación propender por la racionalización del gasto público, y en esta medida, no se

compadece con la sostenibilidad fiscal de la Nación, que se desperdicie todo lo que se invirtió para este concurso, siendo que existe un buen número de personas que demostramos nuestra idoneidad, competencias cognitivas y comportamentales, así como habilidades, y moralidad, para ocupar los cargos de Procuradores Judiciales, en virtud de las múltiples pruebas que se nos hicieron y que superaron suficientemente para hacer parte de las listas de elegibles.

III. PROCEDENCIA DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA

La presente acción constitucional es procedente por cuanto cumple con el requisito de la subsidiariedad, ya que aún si se considera que cuento con otros medios de defensa, los mismos no resultan idóneos, ni eficaces para la protección inmediata de mis derechos fundamentales que están siendo vulnerados por la Procuraduría General de la Nación.

3.1. EXISTENCIA DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE QUE AMERITA LA INTERVENCIÓN INMEDIATA, URGENTE E IMPOSTERGABLE DEL JUEZ DE TUTELA PARA QUE SEA EFICAZ LA PROTECCIÓN DE MIS DERECHOS

La Corte Constitucional mediante la sentencia T-956 de 2013, definió los requisitos de procedibilidad de las acciones de tutela para evitar un perjuicio irremediable:

En cuanto a la cualificación de los hechos que configuran la inminencia de un perjuicio irremediable, **la jurisprudencia constitucional ha contemplado que ese perjuicio (i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables.** El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia. **Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución** o remedio tal como lo define el Diccionario

de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señalan la oportunidad de la urgencia. **No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona.** La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente. **La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.** Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y

restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social. **Hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergradable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.** (Se destaca y subraya).

En el presente caso se requiere de inmediato la intervención del Juez de Tutela para que no resulte nugatoria la protección de mis derechos fundamentales que aquí se reclaman (trabajo, igualdad, mérito, acceso a cargos públicos y debido proceso), por cuanto me es imposible esperar los resultados de un proceso judicial ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativa.

De manera que si la lista de elegibles se llega a vencer, sin que la Procuraduría cumpla la Sentencia de Unificación SU-691 de 23 de noviembre de 2017, que la obliga a dar prelación dentro de los cargos vacantes a los funcionarios que estamos en dicha lista por encima de los prepensionados, se verían afectados nuestros derechos irremediabilmente.

En consecuencia, se hace impostergradable y urgente la protección inmediata y efectiva de mis derechos fundamentales dentro de la presente acción de tutela.

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacios, en la sentencia T-180 de 2015, puntualizó:

"En lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, **esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo. La acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.**"

3.2. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE LA PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA PARA HACER VALER LOS DERECHOS DE QUIENES SE ENCUENTREN EN LISTAS DE ELEGIBLES PARA OCUPAR CARGOS PÚBLICOS AL HABER SUPERADO POR MÉRITO LOS CONCURSOS

La Corte Constitucional en la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre, aclaró que

la Acción de tutela sí es el mecanismo idóneo y expedito para reclamar los derechos de libre acceso a cargos público, trabajo y debido proceso, con ocasión de los concursos de méritos.

"... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución... Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos."

De igual forma, la Sala Plena de la Corte, en sentencia SU-133 de 1998³, unificó la doctrina referida a los concursos en los siguientes términos:

"el concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y

³ M.P. José Gregorio Hernández Galindo

objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.

La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado"

En igual sentido la Corte Constitucional en sentencia T-256 del 12 de junio de 2008⁴, señaló:

"En sentencia T- 256 de 1995⁵, la Corte Constitucional señaló claramente la necesidad de respetar las bases del concurso:

"... Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se

⁴ MP. Humberto Sierra Porto.

⁵ En el mismo sentido se pueden ver las sentencias T- 298 de 1995, T- 325 de 1995, T- 433 de 1995 y T- 344 de 2003.

encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla."

Esta Corporación ha indicado que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte, principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1º constitucional.

En sentencia SU-446 del 26 de mayo de 2011⁶ señaló:

"Como consecuencia de lo anterior, en dicho pronunciamiento se concluyó que "la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución"⁷, en donde la inscripción automática, sin el agotamiento de las etapas del proceso de selección, resultaba abiertamente

⁶ MP, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. M.P. Eduardo Mendoza Martelo, considerando 6.1.1.3, página 73.

contraria a los principios y derechos en los que se erige la Constitución de 1991...

...4. **Listas de elegibles.** Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. **Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.**

5. **Período de prueba.** La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

"Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente" (subrayas fuera de texto).

3.3. La convocatoria es, entonces, **"la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes"**, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y

*cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe "respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada"*⁸

(...)

En ese contexto, es indiscutible que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a la administración no le es dado hacer variaciones por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular."

Respecto a la naturaleza y razón de ser de las listas de elegibles, la citada sentencia señaló:

⁸ Cfr. Sentencia T-256 de 1995.

"La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer con carácter obligatorio para la administración la forma como ha de proveer los cargos que fueron objeto de concurso. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que a través de su conformación o integración, la administración, con fundamento en los resultados objetivos de las diversas fases de aquél, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas objeto de convocatoria, de conformidad con las precisas reglas del concurso.

Este acto tiene una vocación transitoria, en el sentido que su obligatoriedad tiene una vigencia específica en el tiempo. Esta vocación temporal tiene dos objetivos fundamentales, el primero, tiene que ver con su obligatoriedad, que significa que durante su vigencia, la administración debe hacer uso de ella para llenar las vacantes señaladas en la respectiva convocatoria y que le dieron origen al concurso. La segunda, que mientras ella rija, la administración no puede realizar concurso alguno para proveer las plazas objeto de dicho registro, hasta tanto no se agoten las vacantes que fueron ofertadas, de esta manera no sólo resultan satisfechos los derechos subjetivos de quienes hacen parte de este acto administrativo sino principios esenciales de la

organización estatal tales como el mérito para ocupar cargos públicos y los específicos del artículo 209 constitucional.

Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa la regla del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que dicho acto administrativo le permite a la administración proveer los cargos de carrera que se encuentran vacantes o los que están ocupados en provisionalidad y que fueron ofertados en la respectiva convocatoria a concurso. En términos generales, debemos decirlo, el Estado convoca a un concurso público porque tiene plazas vacantes o ocupadas en provisionalidad que deben ser provistas mediante el sistema de concurso público, pues, tal como lo señaló esta Corporación en la sentencia T-455 de 2000 "Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento. En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo".

Así, cuando hay un registro de elegibles vigente y se presenta una vacante en los cargos que fueron objeto del concurso, la administración debe

nombrar para ocuparla a quien se encuentre en el primer lugar de ese acto y a los que se encuentren en estricto orden descendente, si se ofertó más de una plaza, pues ello garantiza no solo la continuidad en la función y la garantía de su prestación efectiva, sino el respeto de los derechos fundamentales de quienes participaron en el respectivo concurso y superaron sus exigencias.

En consecuencia, la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y, en cumplimiento de los principios que rigen la función pública, artículo 209 de la Constitución, específicamente los de igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una vigencia en el tiempo que, por regla general es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad en relación con los cargos **específicamente convocados y no otros**, se puedan proveer de forma inmediata, **sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad.**

La conformación de la lista de elegibles, en ese sentido, genera para las personas que hacen parte de ella un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombrado en el cargo para el que se concursó, cuando el mismo esté vacante o desempeñado por un funcionario o empleado en

provisionalidad. La consolidación de ese derecho "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer"⁹. (...) Se destaca y subraya.

IV. DERECHOS VULNERADOS

4.1. Derecho fundamental al acceso a los cargos públicos y el derecho fundamental al trabajo.

Para el desarrollo de este subtítulo se citará la sentencia T-257 de 2012, donde la Corte Constitucional realiza estudio de tales tópicos, así:

"El derecho de acceso a los cargos públicos está prescrito en el numeral 7º del artículo 40 de la Carta Política.

Aquí se consagra que "todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

Para hacer efectivo este derecho puede:

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad.

La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse".

Este derecho que reviste singular importancia dentro del ordenamiento constitucional, pues comporta la ventaja subjetiva de optar por este tipo de cargos, como también y

⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-913 del 11 de diciembre de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez., pág 134.

constituye un espacio de legitimación democrática, el cual debe ser diferenciado del derecho al trabajo. Así, el derecho al trabajo prescrito en el artículo 25 de la Constitución Política está compuesto por diversos elementos, algunos relacionados con el deber estatal de propiciar políticas de empleo y otros que, vistos desde la esfera subjetiva, están relacionados con el derecho a elegir un empleo y que éste se proporcione en condiciones dignas y justas. Por su parte, el derecho a acceder a un cargo público, consiste en la garantía que tiene todo ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria.

Respecto del **derecho al trabajo** en relación con el acceso a los cargos públicos, ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación que **dicha garantía se materializa en cabeza del ganador del concurso, a quien le asiste el derecho de ser nombrado; en este sentido, a la posibilidad de acceder a un empleo se suma la garantía del deber estatal de impedir que terceros restrinjan dicha opción.**

Al tratar esta materia en sentencia T-625 de 2000, el Tribunal Constitucional indicó:

"La vulneración del derecho al trabajo se produce cuando una acción u omisión arbitraria de las autoridades limita injustificadamente el ejercicio de una actividad laboral legítima".

De lo anterior se vislumbra que la persona que supera las pruebas del concurso público de méritos, se convierte en el titular del derecho al trabajo, y por ende, tiene derecho a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, pues sólo en este momento el carácter subjetivo del derecho al trabajo logra concretarse con certeza a favor del ganador.

En síntesis, el derecho de acceder a cargos públicos está ligado a la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de

presentarse a Concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria. Por su parte, el derecho al trabajo, en las situaciones de acceso a cargos públicos se materializa cuando se crea en el titular el nacimiento del derecho subjetivo, es decir, cuando en virtud del mérito y la capacidad del aspirante obtiene el mejor puntaje, de lo cual se sigue o deviene su nombramiento y posesión.

En cuanto al alcance del derecho a acceder a cargos públicos, esta Corporación desde sus inicios ha destacado el carácter fundamental de dicho derecho. Así en la sentencia T-003 de 1992, la Corte señaló al respecto:

"El derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente, por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho - genérico- cuál es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa.

Este Tribunal, también frente al alcance del derecho de acceso a cargos públicos, en la sentencia SU-544 de 2001, sostuvo:

El derecho a acceder a cargos públicos debe entenderse en el sentido de inmunizar a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impida acceder a un cargo público, a no ser desvinculado de manera arbitraria del mismo y, ocupando uno, que no se le impida arbitrariamente el ejercicio de sus funciones".

En cuanto al ámbito de protección del derecho de acceso a cargos públicos como derecho fundamental, la Corte en la sentencia SU-339 de 2011, hizo referencia a las distintas dimensiones que entran en la órbita de protección de dicho derecho. En palabras del Alto Tribunal:

"la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupe un cargo público".

De lo anterior se desprende que, cuando no está en discusión la titularidad del derecho subjetivo a ocupar el cargo público, se puede considerar la existencia de una amenaza o violación del derecho fundamental. No obstante, en casos en los que está en discusión el hecho de si el actor cumple o no con los requisitos para acceder al cargo, es posible proteger otra faceta de dicho derecho: la garantía de que los cuestionamientos en torno al nombramiento y a la posesión se hagan respetando plenamente los procedimientos previstos para ello en la ley. Entonces, si la afectación proviene de la duda sobre la titularidad o de la violación de otro derecho fundamental, la consideración sobre una violación al derecho fundamental al acceso y desempeño de funciones públicas depende de que aquellas cuestiones sean resueltas de antemano.

Ahora bien, frente al ejercicio efectivo del derecho al acceso a cargos públicos, la Corte ha precisado que: " (...) para que el derecho enunciado pueda ejercerse de manera efectiva es indispensable, ante todo, que concurren dos elementos " exigidos por la misma Carta: la elección o nombramiento, acto condición que implica designación que el Estado hace, por conducto del funcionario o corporación competente, en

cabeza de una persona para que ejerza las funciones, deberes y responsabilidades que el ordenamiento jurídico ha previsto respecto de un determinado cargo, y la posesión, es decir, el hecho en cuya virtud la persona asume, en efecto, esas funciones, deberes y responsabilidades, bajó promesa solemne de desempeñarlos con arreglo a la Constitución y la ley (..) Si la participación en la función pública es, como lo hemos visto, un derecho cuyo ejercicio está pendiente de la posesión negarla a un ciudadano ya nombrado o elegido -a no ser que falte alguno de los requisitos legales- implica la violación del derecho en cuanto imposibilita su ejercicio".

A manera de conclusión se tiene que, el derecho de acceder a cargos públicos, consiste en la posibilidad que tienen los ciudadanos de presentarse a concursar para proveer dichos cargos, una vez se hayan cumplido los requisitos previstos en la convocatoria para postularse.

Este derecho implica protección a favor de los ciudadanos en el sentido de que las decisiones estatales no pueden arbitrariamente impedirles acceder a un cargo público, así como tampoco pueden estar encaminadas a desvincularlos de manera arbitraria del mismo, ni mucho menos les está dado impedirles arbitrariamente el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, para que este derecho pueda ejercerse de manera efectiva, es necesaria la concurrencia del acto de nombramiento, en virtud del cual el Estado designa en cabeza de una persona, las funciones, deberes y responsabilidades propias del cargo, y la posesión, que es el hecho por el cual la persona asume esas funciones, deberes y responsabilidades.

Entonces, al ser el derecho de acceso a cargos públicos una garantía cuyo ejercicio depende de la posesión, negarla a un ciudadano ya nombrado o elegido -a no

ser que falte alguno de los requisitos legales implica la violación del derecho en cuanto imposibilita su ejercicio." (Se destaca y subraya).

Conclusión.

Se viola **el derecho fundamental al acceso a los cargos públicos**, cuando habiéndose constituido las razones legales y fácticas para proceder a mi nombramiento y posesión como Procurador Judicial II, en razón a que superé el concurso de méritos, hago parte de la lista de elegibles y hasta el momento, existiendo vacantes, la Procuraduría se abstiene de realizarlo.

Se viola mi derecho fundamental al trabajo, con la omisión arbitraria de la Procuraduría General de la Nación, que limita injustificadamente el ejercicio de una actividad laboral legítima, esto por cuanto su falta de diligencia y actuación me impide desarrollar el empleo de Procurador Judicial II. Sobre todo cuando se omite el deber estatal de impedir que terceros restrinjan dicha opción. Se reitera que las personas que superamos las pruebas del concurso público de méritos, nos convertimos en los titulares del derecho al trabajo, y por ende, tenemos derecho a ser nombrados en el cargo para el cual concursamos, pues sólo en este momento el carácter, subjetivo del derecho al trabajo logra concretarse con certeza a favor del ganador.

4.2. CONFIANZA LEGÍTIMA Y DEBIDO PROCESO

Se vulnera **el principio y derecho fundamental a la confianza legítima**, cuando esperando el actuar más transparente y diligente de nuestro máximo órgano de control, garante de la defensa de la constitución y la ley, encontramos que con su actividad y concepción echan por la borda los derechos fundamentales de quienes aprobamos toda la etapa del concurso.

Así mismo, **se viola el debido proceso** por cuanto no se ha respetado lo establecido en el Decreto Ley 262 de 2000, esto es, que los cargos ofertados a concurso se provean en el estricto orden de lista de elegibles, lo cual no ha sucedido en mi caso.

4.3. PRINCIPIO DEL MÉRITO EN LOS CONCURSOS

También la Procuraduría ha desconocido este principio y derecho fundamental, al no efectuar mi nombramiento, como pasa a explicarse a continuación:

El sistema de Ingreso, ascenso y retiro de los servidores públicos de carrera administrativa, por expreso mandato constitucional, se rige por los principios del *mérito* y *concurso*, los cuales no buscan otra cosa que garantizar la idoneidad, las calidades académicas, la experiencia y las competencias de los ocupantes de los empleos.¹⁰

Adicionalmente, en razón a la importancia que juega el principio del *concurso* dentro del sistema de carrera administrativa, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en manifestar que aquél está gobernado por el derecho al debido proceso y el principio de confianza legítima, toda vez que aquellos, al establecer la obligatoriedad e inmodificabilidad de las reglas de dicho trámite, permiten hacer efectiva la igualdad de oportunidades para acceder a un cargo público.¹¹

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional es unívoca en señalar que **"una vez finalizado el concurso, la entidad correspondiente debe llevar a cabo los nombramientos en las**

¹⁰ Sentencia C-319 de 2010, CORTE CONSTITUCIONAL

¹¹ Sentencia C-588 de 2009 CORTE CONSTITUCIONAL

*vacantes puestas a disposición de los participantes -quienes solamente pueden adquirir tal calidad después de cumplir satisfactoriamente los requisitos de inscripción exigidos por la administración-, atendiendo a la lista de elegibles integrada y en el estricto orden por ella establecido, que debe obedecer, indudablemente, al mérito de los participantes".*¹²

4.4. VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD

La Procuraduría General de la Nación, como ya se explicó, hace unos días nombró al doctor OMAR ALFONSO OCHOA MALDONADO, quien me precedía en la lista, en el cargo que ocupa una de las funcionarias que se encuentra vinculada en provisionalidad dentro de uno de los cargos que fueron ofertados en el concurso, y que era beneficiaria de una sentencia de tutela por haber invocado condición de prepensionada.

Como quiera que existe otro funcionario que también se encuentra en condición de provisionalidad ocupando uno de los cargos de carrera para el cual aspiré que fueron ofertados en el concurso y que también tiene un fallo de tutela a su favor bajo su consideración de "prepensionado", y por ser yo quien sigo en la lista, la omisión de la Procuraduría en haber efectuado este otro nombramiento a mi favor, en éste otro cargo, constituye

¹² Sentencia T-101 de 1999, CORTE CONSTITUCIONAL

una violación flagrante del principio constitucional de igualdad, toda vez que me encuentro en las mismas condiciones en la que se encontraba el doctor OMAR ALFONSO OCHOA MALDONADO, antes de que éste fuera nombrado.

4.5. VIOLACIÓN AL DERECHO DE PETICIÓN

Por último, la violación a este derecho fundamental se configura, por cuanto el ente accionado no me ha dado respuesta de fondo a mi solicitud de nombramiento, que vengo elevando desde hace ya más de 1 año, y últimamente en diciembre de 2018 y marzo de 2019. Es de anotar que las respuestas de la accionada hacia la suscrita, siempre han sido evasivas, o superficiales, indicando que está en estudio. Pero no han generado un pronunciamiento expreso frente a cada uno de mis argumentos.

V. JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento manifiesto que no he interpuesto otra acción de tutela ante otra autoridad que tenga como fundamento los mismos hechos, las mismas pretensiones y se invoquen los mismos derechos.

VI. MEDIOS DE PRUEBA

Aporto los siguientes documentos digitales, debidamente organizados, clasificados y catalogados en un CD, así:

6.1. SOBRE LOS ANTECEDENTES DEL CONCURSO Y PARA ACREDITAR MI CALIDAD DE INTEGRANTE DE LA LISTA QUE SIGUE EN TURNO

PRUEBA 1: Resolución No. 040 de 2015

PRUEBA 2: Resolución 345 del 8 de julio de 2016

PRUEBA 3: Resolución No. 410 de 31 de agosto de 2016

PRUEBA 4: Resolución No. 453 de 3 de octubre de 2016

PRUEBA 5: Resolución No. 711 de 31 de octubre de 2016

PRUEBA 6: respuesta que me suministró la Procuraduría el 27 de julio de 2017.

PRUEBA 7: Decreto 804 de 15 de marzo de 2019, por el cual se nombró al doctor Omar Alfonso Ochoa Maldonado.

6.2. SOBRE LOS NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD DE CARGOS QUE FUERON OFERTADOS EN EL CONCURSO

PRUEBA 8: sentencia de segunda instancia proferida el 25 de enero de 2017 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que favoreció a LYDA JANETH PINTO BARÓN

PRUEBA 9: Decreto 4757 de 2 de noviembre de 2018, por el que se prorrogó el nombramiento en condición de provisionalidad de LYDA JANETH PINTO BARÓN.

PRUEBA 10: la sentencia de 19 de julio de 2017 proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Stella Jeannette Carvajal Basto que favoreció a JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO.

PRUEBA 11: Decreto 4756 de 2 de noviembre de 2018, por el cual se prorrogó el nombramiento en condición de provisionalidad de JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO.

PRUEBA 12: Sentencia de unificación SU-691 de 2017 emitida por la Corte Constitucional.

6.3. SOBRE LA VIGENCIA DE LAS LISTAS Y EXISTENCIA DE VACANTES DURANTE DICHA VIGENCIA

PRUEBA 13: auto número 2018-07-0419-AP proferido el 6 de julio de 2018 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en el proceso de acción popular radicado bajo el número 25000-234-1000-2018-00666-00.

PRUEBA 14: Resolución 402 del 10 de julio de 2018 dictada por la PGN.

PRUEBA 15: Auto que rechazó los recursos en contra de la providencia de 18 de septiembre de 2018 notificado el 12 de marzo de 2019.

6.4. SENTENCIAS DE TUTELA QUE ORDENAN A LA PROCURADURÍA RECOMPONER LAS LISTAS DE ELEGIBLES Y QUE NO HAN SIDO CUMPLIDAS

PRUEBA 16: Sentencia de segunda instancia proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, del 28 de noviembre de 2018, dentro de la acción de tutela

promovida por MARIA MAGALY SANTOS MURILLO contra la Procuraduría.

PRUEBA 17: Auto aclaratorio del 5 de febrero de 2019, dentro de la acción de tutela promovida por MARIA MAGALY SANTOS MURILLO contra la Procuraduría.

PRUEBA 18: Solicitud de apertura de incidente de desacato, promovido por la suscrita contra el Procurador General de la Nación, por el incumplimiento al fallo de tutela dictado dentro de la acción de tutela promovida por MARIA MAGALY SANTOS MURILLO

PRUEBA 19: Sentencia de segunda instancia proferida el 28 de noviembre de 2018 por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia del Consejero Milton Chaves García, dentro de la acción de tutela 2018-1523, promovida por OMAR ALFONSO OCHOA MALDONADO,

PRUEBA 20: Auto aclaratorio del 5 de febrero de 2019 de la providencia del 28 de noviembre de 2018, dictada por el Consejo de Estado.

PRUEBA 21: Solicitud de apertura de incidente de desacato, promovido por la suscrita contra el Procurador General de la Nación, por el incumplimiento al fallo de tutela dictado dentro de la acción de tutela promovida por MARIA MAGALY SANTOS MURILLO

PRUEBA 22: Requerimiento del Consejo de Estado a la Procuraduría por segunda vez para que informara sobre el cumplimiento del fallo promovido por OMAR ALFONSO OCHOA MALDONADO.

6.5. SOLICITUDES DE NOMBRAMIENTO PRESENTADAS ANTE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN- NO HE RECIBIDO RESPUESTA DE FONDO

PRUEBA 23: escrito radicado con el No. 2018-609289, mediante el cual solicité al Procurador General de la Nación mi nombramiento.

PRUEBA 24: oficio de 19 de diciembre de 2018 suscrito por la Procuraduría General de la Nación

PRUEBA 25: escrito radicado el 26 de marzo de 2019 con el No. 167582, mediante el cual solicité nuevamente al Procurador General de la Nación mi nombramiento.

PRUEBA 26: comunicación por correo electrónico, mediante la cual la Procuraduría informa que mi solicitud está en estudio.

PRUEBA 27: Comunicación de diciembre 2016, suscrita por la Procuraduría.

PRUEBA 28: Comunicación de junio de 2017, suscrita por la Procuraduría.

PRUEBA 29: Comunicación de enero de 2018, suscrita por la Procuraduría. (No obtuve respuesta)

PRUEBA 30: escrito radicado con el No. 2018-177357 el 20 de abril de 2018 por la suscrita, del cual no obtuve respuesta.

PRUEBA 31: Derecho de petición radicado en octubre de 2016.

PRUEBA 32: oficio del 18 de enero de 2018, en el cual la Procuraduría informa a varios integrantes de la lista que no realizará ningún nombramiento hasta ser “notificada” de la sentencia SU-691 de 2017.

PRUEBA 33: solicitud elevada a la Procuraduría General de la Nación por la suscrita en el mes de mayo de 2018 (No obtuve respuesta).

PRUEBA 34: solicitud elevada a la Procuraduría General de la Nación por la suscrita en el mes de septiembre de 2018. (No obtuve respuesta).

6.6. SOBRE LA VIGENCIA DE LAS LISTAS Y LA PRE EXISTENCIA DE VACANTES

PRUEBA 35: Sentencia del 15 de febrero de 2017 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro de la Acción de Tutela No. 2016-5854 accionante Jerly Lorena Ardila Camacho contra la Procuraduría General de la Nación.

PRUEBA 36: Fallo 3113 de 17 de febrero de 2011 proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, Consejera Ponente María Elizabeth García González

PRUEBA 37: Sentencia C-319 de 2010 de la Corte Constitucional

-PRUEBAS PARTE DEMANDADA

Solicito que se requiera a la entidad accionada para que informe bajo la gravedad de juramento, si el cargo de Procurador 25 Judicial II Administrativo de Florencia, con funciones en la ciudad de Barranquilla, fue ofertado en el concurso de mérito aperturado con Resolución No. 040 de 2015; si a la fecha este cargo ha sido provisto con algún integrante de la lista de elegibles; en el evento negativo, se servirá informar las razones de hecho y de derecho para no haber procedido a proveer este cargo con los integrantes de la lista, y finalmente identificar a quien se encuentra desempeñándolo y bajo qué condición.

Finalmente, que la Procuraduría accionada también certifique todos los cargos de Procuradores Judiciales II que están siendo desempeñados actualmente en condición de provisionalidad, y las razones por las cuales no ha vinculado en uno de estos cargos al señor JAVIER ENRIQUE MÚNERA OVIEDO, quien goza de protección constitucional.

VII. NOTIFICACIONES Y SOLICITUD DE PUBLICACIÓN

Solicito que dentro de la admisión de la demanda se ORDENE A LA PROCURADURÍA publicar en su página web institucional el contenido de esta acción constitucional, con el fin de garantizar la publicidad de este proceso y que quienes manifiesten algún interés en los resultados del mismo, puedan intervenir y hacer valer sus derechos.

- La Procuraduría General de la Nación en la Carrera 5 No. 15 — 80 Piso 7 Bogotá D.C. y/o al correo procesosjudiciales@procuraduria.gov.co

Me suscribo respetuosamente,


LAURA MARCELA OLIER MARTÍNEZ
Cédula No. 45.528.954 de Cartagena
T. P. 128.388 del C. S. de la J.