

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 25000-23-42-000-2019-00730-01
Demandante: LAURA MARCELA OLIER MARTÍNEZ
Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Temas: Tutela contra autoridad administrativa. Concurso Procuraduría General de la Nación. Actuación temeraria. Procedencia de la acción de tutela en concursos de mérito. Finalidad de la vigencia de la lista de elegibles. Artículos 20 de la Resolución N° 040 de 20 de enero de 2015 y 216 del Decreto Ley 262 de 2000.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide la impugnación interpuesta por Laura Marcela Olier Martínez, contra la sentencia del 24 de mayo de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F que dispuso:

“PRIMERO: DECLÁRASE improcedente la acción frente a la solicitud de amparo de los derechos fundamentales al mérito, al acceso a cargos públicos, a la confianza legítima, al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de la sra. LAURA MARCELA

*OLIER MARTÍNEZ (...) de conformidad con las razones expuestas en esta providencia*¹.

ANTECEDENTES

Laura Marcela Olier Martínez interpuso acción de tutela contra la Procuraduría General de la Nación, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al acceso a cargos públicos, al debido proceso, a la igualdad, a la petición y al trabajo.

1. Pretensiones

Las pretensiones de la tutela son las siguientes:

“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.

2. Hechos

2.1. La accionante participó en el concurso de méritos para proveer 94 vacantes para el cargo de Procurador Judicial II Delegado para la Conciliación Administrativa, Convocatoria N° 006 de 2015, adelantado por la Procuraduría General de la Nación.

¹ Folio 171.

² Folio 3.

2.2. Mediante la Resolución N° 345 de 8 de julio de 2016, se conformó la lista de elegibles. La tutelante ocupó el puesto 107 con un puntaje de 76.69.

Dicha lista fue modificada a través de las Resoluciones N° 410, 453 y 711 de 31 de agosto, 3 y 31 de octubre de 2016, respectivamente. Sin embargo, el lugar ocupado por la actora no sufrió ningún cambio.

2.3. La Procuraduría General de la Nación nombró a los primeros 94 de la lista de elegibles. Sin embargo, algunos no aceptaron el nombramiento, declinaron o no se posesionaron. En cumplimiento de varios fallos de tutela, la entidad nombró a quienes seguían en la lista, a fin de suplir las vacantes de los que finalmente no asumieron los cargos.

Sobre los nombramientos de Javier Enrique Múnera Oviedo y Lyda Janeth Pinto Barón

2.4. En la vacante 91, la Procuraduría nombró a César Augusto Delgado Ramos, quien ocupó el puesto 106 en la lista de elegibles. La accionante aseguró que después del señor Delgado quien seguía en lista era ella, en razón a que ocupó el puesto 107.

Sin embargo, en cumplimiento de dos sentencias de tutela, quienes fueron nombrados en las vacantes restantes, ofertadas en el concurso, fueron Javier Enrique Múnera Oviedo y Lyda Janeth Pinto Barón. Ambos se desempeñaban como procuradores judiciales antes del concurso y dada su calidad de prepensionados lograron ser reintegrados en provisionalidad.

2.4.1. En el caso de **Javier Enrique Múnera Oviedo**, a la Procuraduría se le impartió la siguiente orden: *“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”*.

En la sentencia de segunda instancia que resolvió el caso del señor Múnera –proferida el 19 de julio de 2017– se aclaró 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”*.

2.4.2. Por su parte, en el caso de **Lyda Janeth Pinto Barón**, el Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional Disciplinaria ordenó: *“reubicar[la] de manera transitoria en cualquiera de las plazas vacantes, de*

manera provisional de cara al tiempo que requiere para la consolidación de su derecho a la pensión de vejez” (Corchetes añadidos).

Sobre los fallos de tutela en los que se ordena la recomposición de la lista de elegibles

2.5. Omar Alfonso Ochoa –quien ocupó la posición 7 en la lista de elegibles– y María Magaly Santos –quien ocupó la posición 108 en la lista de elegibles– presentaron, independientemente, acción de tutela, con el fin lograr sus nombramientos. En sentencias de 28 de noviembre de 2018, ambas de segunda instancia, esta Sección amparó el derecho al debido proceso y el principio al mérito.

En consecuencia, le ordenó a la Procuraduría General de la Nación recomponer la lista de elegibles, teniendo en cuenta “*a aquellos que siendo nombrados en provisionalidad no hayan aceptado o no se hayan posesionado por razones ajenas a su voluntad y continúen en la lista*”. Una vez recompuesta, ordenó proveer de manera definitiva todos los cargos que fueron ofertados en la Convocatoria N° 006 de 2015.

2.6. Mediante autos de 5 de febrero de 2019, ambas sentencias fueron aclaradas, en el sentido de que la recomposición de las listas de elegibles debía efectuarse teniendo en cuenta a aquellos que siendo nombrados en periodo de prueba, mas no es provisionalidad como inicialmente se dispuso en las providencias, no hubiesen aceptado o no se hubieran posesionado por razones ajenas a su voluntad.

Sobre las solicitudes de nombramiento formuladas por la accionante e incidente de desacato

2.7. En diciembre de 2018, la accionante le solicitó a la Procuraduría General de la Nación su nombramiento, en cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia que resolvió la tutela presentada por María Magaly Santos Murillo, en la que Laura Marcela Olier actuó como coadyuvante.

En oficio de 19 de diciembre de 2018, la entidad respondió 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*”.

Petición que reiteró en escrito de 26 de marzo de 2019. La entidad le contestó que su caso estaba en estudio.

2.8. El 26 de marzo de 2019, la accionante promovió incidente de desacato contra la Procuraduría General de la Nación, debido al incumplimiento del fallo de tutela que resolvió el caso de Omar Alfonso Ochoa Maldonado. Sin embargo, mediante auto de 8 de mayo de 2019, el Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A negó el incidente.

Sobre el nombramiento de Omar Alfonso Ochoa Maldonado

2.9. Mediante Decreto 804 de 2019, la Procuraduría General de la Nación nombró a Omar Alfonso Ochoa Maldonado, quien pese a haber ocupado el puesto 7 de la lista de elegibles, no había sido nombrado porque en dos oportunidades anteriores declinó. Este último ocupó el cargo en el que anteriormente se desempeñaba Lyda Janeth Pinto Barón en provisionalidad. Por lo que se procedió a dar por terminada la vinculación de esta última, en razón a que se encontró que en octubre de 2018 aquella cumplió los requisitos pensionales.

Omar Alfonso Ochoa Maldonado aceptó el nombramiento y solicitó prórroga para posesionarse.

3. Fundamentos de la acción

3.1. Sobre el nombramiento de Javier Enrique Múnera Oviedo y de Lyda Janeth Pinto Barón

3.1.1. La accionante reprochó que la Procuraduría General de la Nación haya ocupado dos de los cargos ofertados en el concurso con personas que no hacen parte de la lista de elegibles.

Adujo que si bien los fallos de tutela dispusieron el reintegro de Javier Enrique Múnera Oviedo y de Lyda Janeth Pinto Barón a la Procuraduría, lo ordenado no consistió en nombrarlos en los cargos de carrera. Por el contrario, aquellos podían ser vinculados en cualquiera de las vacantes de la entidad. Inclusive sostuvo que esas personas pudieron ser nombradas en los cargos de los procuradores judiciales de carrera que se encuentran en comisión especial durante tres años.

3.1.2. Aseguró que en la sentencia que resolvió la situación de Javier Enrique Múnera Oviedo se indicó que *“la vinculación debía realizarse ´en un cargo no provisto mediante las listas de elegibles”*³. Y que en todo caso, la reubicación solo debía extenderse hasta que aquel cumpliera los requisitos para obtener la pensión de vejez. Es decir, se trató de un amparo transitorio.

Circunstancia que ya se cumplió, debido a que han transcurrido más de dos años y tres meses desde que aquel fue nombrado en provisionalidad en el cargo de carrera. Por esto, reprochó que el 2 de noviembre de 2018, la entidad hubiera prorrogado el nombramiento, pese a que este ya alcanzó los requisitos para pensionarse.

En virtud de lo anterior, sostuvo que *“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”*⁴.

A su vez, aseveró que así como la Procuraduría nombró a Omar Alfonso Ochoa Maldonado en el cargo que estaba ocupando Lyda Janeth Pinto Barón en provisionalidad, la entidad debe proceder a nombrarla en el cargo en el que actualmente se encuentra Javier Enrique Múnera Oviedo.

3.1.3. Agregó que en la Sentencia SU-691 de 2017, la Corte Constitucional analizó los casos de ex funcionarios de la Procuraduría General de la Nación desvinculados en virtud del concurso de méritos objeto de controversia. Providencia en la que señaló que tal institución tiene la obligación de agotar las vacantes con los elegibles que superaron el concurso, pues *“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”*⁵.

3.1.4. Por otra parte, aseguró que al resolver la acción de tutela propuesta por María Magaly Santos Murillo -en sentencia de 5 de febrero de 2019-, esta Sección explicó lo siguiente:

“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

³ Folio 16.

⁴ Folio 18.

⁵ Folio 10.

en provisionalidad en algunos de los cargos que fueron ofertados en la 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 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”⁶.

Por lo dicho en esa sentencia, la accionante aseguró que la Procuraduría no ha cumplido ese fallo, debido a que no ha recompuesto la lista ni ha proveído los cargos ofertados en la Convocatoria 006 de 2015.

3.2. Sobre la vulneración al derecho a la petición

La accionante manifestó que desde el año 2016 le ha solicitado insistentemente a la Procuraduría General de la Nación ser nombrada en el cargo que ganó por mérito.

Sin embargo, aseguró que la mayoría de estas solicitudes han sido ignoradas y las que no, han sido respondidas con evasivas, tal como se desprende de los oficios emitidos por dicho ente en octubre y diciembre de 2016; abril y junio de 2017; enero, mayo y septiembre de 2018.

3.3. Sobre la vigencia de la lista

De otra parte, relató que en auto de 6 de julio de 2018 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca suspendió la vigencia de lista de elegibles, a fin de que esta no expirara. Y aunque en providencia de 18 de septiembre de 2018 -ejecutoriada el 12 de marzo de 2019- se levantó esa medida cautelar, lo cierto es que las vacantes se generaron en vigencia de la lista.

Particularmente, citó una sentencia proferida por el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, en la que al resolver un asunto semejante, se indicó que *“si bien es cierto (...) la lista de elegibles tiene una vigencia de*

⁶ Folio 20 y 21.

*dos años, mal hace la entidad al entender que dicho término también debe tenerse en cuenta para ejecutar la misma*⁷.

4. Trámite impartido

4.1. Los magistrados Luis Alfredo Zamora Acosta y Patricia Salamanca Gallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca manifestaron su impedimento para conocer del asunto, debido a que participaron en el concurso de méritos adelantado por la Procuraduría para proveer los cargos de procuradores judiciales I y II. En auto de 15 de mayo de 2019, se declararon fundados los impedimentos.

4.2. Mediante providencia de 16 de mayo de 2019, se admitió la acción de tutela interpuesta contra la Procuraduría General de la Nación; se vinculó como tercero interesado a Javier Enrique Múnera Oviedo; se le solicitó al procurador general de la Nación informar cuáles de las 94 vacantes ofertadas en la Convocatoria 006 de 2015 fueron provistas en propiedad y cuáles en provisionalidad, qué personas nombradas en periodo de prueba no se han posesionado, cuál de los elegibles sigue en turno de nombramiento y qué acciones ha adelantado para acatar el fallo de tutela de 28 de noviembre de 2018.

5. Intervenciones

5.1. La **Procuraduría General de la Nación** informó lo siguiente:

5.1.1. De los 94 cargos ofertados 93 fueron suplidos con las personas de la lista de elegibles. El cargo restante lo ocupa Javier Enrique Múnera Oviedo, en cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Consejo de Estado – Sección Cuarta.

5.1.2. En sentencia de tutela de 10 de agosto de 2018, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil amparó los derechos fundamentales de Dexter Emilio Cuello Villareal, integrante de la lista de elegibles. Providencia en la que se ordenó: “(...) *proveer de manera definitiva la vacante del cargo de Procurador 52 Judicial II Administrativo de Arauca, con el candidato de mejores calidades profesionales para el desempeño de la función, atendiendo los criterios objetivos a que se ha hecho alusión, de*

⁷ Folio 31.

*acuerdo con las normas de carrera de la entidad y el orden de elegibilidad establecido en el artículo 190 del Decreto 262 de 2000*⁸.

5.1.3. El nombramiento de Omar Alfonso Ochoa Maldonado obedeció a dos fallos de tutela proferidos por el Consejo de Estado – Sección Cuarta (uno presentado por aquel y otro por María Magaly Santos Murillo), en los que se ordenó recomponer la lista de elegibles teniendo en cuenta a aquellos “*nombrados en provisionalidad*”.

5.1.4. La entidad nombró a Lyda Janeth Pinto Barón en provisionalidad, en cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Vinculación que prorrogó cada seis meses. El 28 de octubre de 2018, aquella cumplió la edad para acceder a la pensión. Por lo que la entidad procedió a disponer de ese cargo.

5.1.5. Laura Marcela Olier Martínez ocupó el puesto 107 en la lista de elegibles. No obstante, esta última se agotó con el participante que logró la posición 106 (César Augusto Delgado Ramos).

5.1.6. Laura Marcela Olier Martínez presentó incidente de desacato, en el marco de la tutela presentada por Omar Alfonso Ochoa Maldonado. Este fue negado por falta de legitimación en la causa por activa.

Con base en lo anterior, aseguró que no se logró agotar el 100% de la lista de elegibles. Solo le fue posible suplir 93 de las 94 vacantes con personas que superaron el concurso, debido a los diversos fallos de tutela que reconocieron derechos de estabilidad laboral reforzada, que por constituir órdenes judiciales “*se convirtieron en imperativos categóricos de obligatorio e inmediato cumplimiento*”⁹.

Asimismo, señaló que la lista de elegibles ya no se encuentra vigente. Motivo por el que es jurídicamente inviable que la accionante acceda a uno de los cargos ofertados en la Convocatoria 006 de 2015.

De otra parte, argumentó que la tutela no cumple el requisito de subsidiariedad, porque los hechos y cargos expuestos por la parte actora son propios del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, no puede pasar desapercibido que aquella interpuso demanda de nulidad electoral. A lo que se suma que en el caso no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable.

⁸ Folio 96.

⁹ Folio 98.

5.2. **Javier Enrique Múnera Oviedo** enfatizó que la lista de elegibles expiró el 8 de julio de 2018, debido a que ya transcurrieron los dos años de vigencia dispuestos en el Decreto 262 de 2000. Norma de orden público y por ende de obligatorio acatamiento. También señaló que el hecho de que su vigencia haya sido suspendida –en virtud de una medida cautelar– no significa que el término de la lista se haya ampliado.

Por otra parte, manifestó que la única opción para restablecer su derecho era que lo nombraran en un cargo igual al que antes ostentaba, no a otro distinto. En consecuencia, la entidad debía nombrarlo como procurador judicial II administrativo, esto es en uno de los cargos ofertados en el concurso, siempre que dicha vacante no estuviera provista con alguno de los elegibles. Solo así se garantizaba su auténtico reintegro.

Puntualizó que en la orden de tutela que resolvió su caso se dispuso que su nombramiento debía ser sin solución de continuidad. Esa expresión no solo hace referencia a la continuación en el tiempo, sino a la unidad de funciones y materias entre el cargo que ostentaba antes del concurso y al que debían reintegrarlo. Por lo que reiteró que era imperativo que lo nombraran en el mismo cargo en el que se desempeñaba antes de ser desvinculado.

También señaló que la Sentencia SU-691 de 2017 no aplica en su caso, debido a que fue proferida con posterioridad a que se consolidara su situación. Por este motivo sus efectos son hacia el futuro. No tiene efectos retroactivos.

De otro lado, sostuvo que como pertenece al régimen de ahorro individual, es necesario continuar en el cargo en el que se desempeña a fin de lograr obtener una pensión digna. A su vez, que la sentencia de tutela que resolvió el caso de María Magaly Santos no le es oponible, ya que no participó en dicho proceso.

Además, sostuvo que la presente tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad, debido a que la accionante interpuso demanda de nulidad electoral en su contra. Y finalmente, solicitó inaplicar la lista de elegibles en la parte que incorpora el nombre de la accionante, en virtud de la excepción de inconstitucionalidad.

6. Providencia impugnada

6.1. Mediante sentencia de 24 de mayo de 2019, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “F” tuteló el derecho fundamental a la petición de la accionante, porque encontró que la Procuraduría General de la Nación no respondió la solicitud de nombramiento, presentada el 26 de marzo de 2019.

6.2. Frente a los derechos fundamentales al mérito, al acceso a cargos públicos y debido proceso, el Tribunal concluyó que se configuró la cosa juzgada. Aunque mencionó dos tutelas también presentadas en el pasado por Laura Marcela Olier Martínez por hechos relacionados con el concurso¹⁰, señaló que el fenómeno de cosa juzgada se presentó entre la presente tutela y la interpuesta por María Magaly Santos Murillo.

El Tribunal aclaró que aunque entre esa tutela y la presente no existe identidad de partes, ambas tienen el mismo objeto y causa. Señaló que incluso podría afirmarse que también existe identidad de partes, en la medida en que Laura Marcela Olier Martínez actuó como coadyuvante de la señora Santos en tal proceso.

Explicó que la orden impartida en el fallo de tutela que resolvió el caso de María Magaly Santos Murillo “*beneficia en primera medida a la sra. Laura Marcela Olier Martínez*”¹¹, debido a que esta última ocupó el puesto 107 en la lista de elegibles, mientras que la señora Murillo ostenta la posición 108. Esto significa que los efectos de ese fallo se extienden a la situación de Laura Marcela Olier Martínez favoreciendo sus intereses.

Por ende, concluyó que los cargos expuestos por la ahora accionante fueron resueltos en el marco de la tutela presentada por María Magaly Santos Murillo.

7. Impugnación

¹⁰ En la sentencia impugnada, el Tribunal se refirió a las tutelas radicadas con los números 2017-00990-01 y 2018-00364-00. En la primera, la accionante reprochó que la Procuraduría hubiese nombrado en cargos de carrera a tres personas ajenas al concurso y, consecuentemente, a la lista de elegibles. Motivo por el que solicitó que los elegibles que ocuparon los puestos 106, 107 (el suyo) y 108 fueran nombradas en los cargos ofertados en el concurso. Tutela que fue negada en primera instancia y declarada improcedente en la segunda.

En la segunda, censuró que la Procuraduría no hubiera efectuado las actuaciones pertinentes para cumplir con la lista de elegibles suspendiéndola por un periodo de tiempo. Asimismo, solicitó que se declarara que su vigencia se extiende hasta el 31 de octubre de 2018. Tutela que fue negada en ambas instancias.

¹¹ Folio 159.

La **tutelante impugnó** la decisión, por varias razones.

7.1. Por una parte, consideró que en el caso no existe cosa juzgada, debido a que ella expuso hechos nuevos no ocurridos en el momento en que se resolvió la tutela interpuesta por María Magaly Santos.

Concretamente, adujo que posteriormente a ese fallo, la Procuraduría General de la Nación procedió a nombrar a Omar Alfonso Ochoa Maldonado en el cargo en el que se encontraba en provisionalidad Lyda Janeth Pinto Barón. Y que justamente, lo pretendido con la presente tutela era que la entidad, así como nombró a tal elegible en el cargo que ocupaba la señora Pinto, la nombre a ella en el cargo que actualmente desempeña Javier Enrique Múnera Oviedo.

Por consiguiente, concluyó que no existe identidad de hechos, objeto y pretensiones entre ambas tutelas, pues en la promovida por María Magaly Santos se pretendió “*el agotamiento de la lista de elegibles llenando las vacantes existentes*”¹², mientras que lo pretendido con la presente tutela es que se le dé el mismo trato que al señor Ochoa.

7.2. Por otra parte, enfatizó que ella comparte las mismas circunstancias que Omar Alfonso Ochoa Maldonado. Ambos son integrantes de la lista de elegibles; para el momento en que la entidad lo nombró “*había operado la extinción del término de vigencia de las listas*”¹³, tal como sucede en su caso; y él fue nombrado en una vacante que ocupaba una funcionaria en provisionalidad en virtud de un fallo de tutela que amparó su derecho a la estabilidad laboral reforzada, igual que sucede con la vacante en la que ella debe ser nombrada y que en el momento ocupa Javier Enrique Múnera.

Por ende, al encontrarse en las mismas condiciones de Omar Alfonso Ochoa Maldonado, la tutelante reprochó que el Tribunal no haya analizado la vulneración a su derecho a la igualdad originada por el trato diferenciado que se le dio a dicho elegible, en contratarse con el que se le ha dado a ella.

7.3. Finalmente, informó que mediante oficio de 5 de junio de 2019, la Procuraduría le comunicó que no era posible nombrarla en la plaza que ocupa Javier Enrique Múnera Oviedo, debido a que él goza de una protección constitucional. Amparo que, según la entidad, fue reafirmado en el

¹² Folio 187.

¹³ Folio 183.

fallo que resolvió la tutela interpuesta por María Magaly Santos, pues allí se indicó que la recomposición de la lista debía efectuarse sin afectar la protección otorgada al señor Múnera.

En el oficio, la entidad agregó que la lista de elegibles ya expiró. Frente a lo cual, la accionante reiteró que la Procuraduría “*olvida que las vacantes se presentaron desde antes que feneciera dicha vigencia*” y que en todo caso Omar Alfonso Ochoa Maldonado fue nombrado luego de que la lista expiró.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Planteamiento de los problemas jurídicos

Con base en los antecedentes expuestos, la Sala estudiará: **i)** si en el caso se presenta la figura de la actuación temeraria, **ii)** si la acción de tutela es procedente en materia de concursos de mérito, **iii)** si el vencimiento de lista constituye una justificación válida para no proveer la totalidad de los cargos ofertados en virtud de un concurso de méritos y **iv)** si la Procuraduría actuó según lo dispuesto en la Resolución N° 040 de 20 de enero de 2015¹⁴ y el Decreto Ley 262 de 2000, frente a la forma de proveer los cargos ofertados en la Convocatoria 006 de 2015.

No se analizará lo relativo al derecho de petición, por encontrar que sobre este no se formuló reproche en la impugnación, y porque en todo caso se comprobó que la Procuraduría General de la Nación profirió respuesta a la solicitud de nombramiento, mediante el oficio S-2019-006791¹⁵.

2. Actuación temeraria y su análisis en el caso

2.1. La actuación temeraria está consagrada en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991: “*Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes*”.

A partir de esa norma, la jurisprudencia constitucional ha considerado la procedencia de esta figura en dos dimensiones. La primera, cuando el accionante actúa de mala fe. La segunda, cuando el demandante acude al

¹⁴ Por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la Entidad.

¹⁵ Folios 190-202.

recurso de amparo de manera desmedida, por los mismos hechos, sin esgrimir una justificación razonable que justifique dicho actuar.

Sobre esta figura, la Corte Constitucional ha manifestado que su configuración supone establecer si entre las tutelas presentadas existe identidad de objeto, identidad de causa *petendi*, identidad de partes y la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda.

2.2. Para la Sala, en el caso no existe actuación temeraria, principalmente, porque en la tutela presentada por Magaly Santos Murillo no se le resolvieron pretensiones particulares a Laura Marcel Olier Martínez.

En dicho proceso, únicamente, se aceptó la coadyuvancia de esta última. Sin embargo, allí no se discutió su situación personal ni se estudió la posible afectación a sus propios derechos fundamentales.

Ahora, que la orden impartida a la Procuraduría en el marco de esa tutela eventualmente pudo beneficiar a la accionante no significa que ella pierda su derecho fundamental a acceder a la justicia por sí misma para plantear su situación particular y la presunta vulneración de sus derechos, justamente, porque, a pesar de haber actuado como coadyuvante en esa tutela, no planteó pretensiones propias, ni se impartieron órdenes específicas respecto a sus derechos -como lo habría podido ser su nombramiento-.

2.3. Además de lo anterior, entre ambas tutelas no existe identidad de partes entre la presente y la tutela interpuesta por María Magaly Santos Murillo.

Es cierto que Laura Marcela Olier Martínez actuó como coadyuvante de esta última en tal proceso de tutela. Sin embargo, esto no significa que por haberlo hecho haya perdido la posibilidad de acudir en su propio nombre ante el juez de tutela.

Todo lo contrario, la figura de la actuación temeraria justamente supone evitar que una misma persona acuda ante varios jueces de tutela, por los mismos hechos y pretensiones, a fin de lograr una decisión favorable a sus intereses. Por ese motivo, la conclusión expuesta en primera instancia desnaturaliza la figura de la actuación temeraria, en la medida en que desconoce que la tutela con fuerza de “cosa juzgada” no fue presentada por Laura Marcela Olier Martínez.

De ser así, ninguno de los directamente interesados en la Convocatoria 006 de 2015 estaría facultado para presentar tutelas en su propio nombre, en

razón a que en la sentencia de la señora Santos se decidió definitivamente el asunto, pues se ordenó la recomposición de la lista. Tal razonamiento también implicaría que el coadyuvante pierde su derecho a promover un proceso en su propio nombre, más cuando los efectos de la sentencia no son inter comunis.

Por consiguiente, la Sala concluye que en el caso no existe actuación temeraria de parte de Laura Marcela Olier Martínez.

3. Procedibilidad de la acción de tutela en materia de concurso de méritos y su análisis en el caso

3.1. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que la tutela *“solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

Dada su naturaleza subsidiaria, esta acción solo procede cuando no existen otros medios de defensa para amparar los derechos fundamentales invocados. O en su defecto, siempre que sea necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio de protección.

3.2. En materia de concursos de mérito, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre dos situaciones: cuando se controvierte un acto administrativo y cuando se busca que la entidad encargada efectúe los nombramientos de las personas incluidas en la lista de elegibles.

En el primer supuesto, se ha indicado que por regla general este mecanismo constitucional no procede, debido a la existencia de otros medios de defensa judicial. Análisis, que en todo caso, dependerá de las situaciones particulares del caso. En el segundo evento, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela procede para la protección de los participantes que teniendo derecho a ser nombrados, por hacer parte de la lista de elegibles, no son designados.

Ya desde la Sentencia SU-133 del 2 de abril de 1998, el tribunal constitucional indicó lo siguiente:

“las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más

dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata”.

Asimismo, en la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, se explicó que:

“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”.

Es cierto que cuando el elegible busca su nombramiento podría acudir a la acción de cumplimiento o al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el evento de existir acto administrativo que lo niega. No obstante, en casos similares esta Sala ha habilitado la procedencia del mecanismo constitucional como una medida para proteger los derechos fundamentales¹⁶.

3.3. En el caso, si bien podría existir otro medio de defensa judicial, la Sala aplicará la línea que sobre el tema ha expuesto en otras ocasiones, no solo como una medida para la protección de derechos fundamentales, sino porque considera que en la situación de la accionante la tutela es el mecanismo judicial idóneo.

Todo porque la Procuraduría insistentemente ha justificado su actuar en la existencia de órdenes de tutela que, en su criterio, le imposibilitan efectuar el nombramiento de la señora Olier, tal como es la orden impartida en el caso de Javier Enrique Múnera Oviedo.

Por consiguiente, se considera que esta circunstancia hace necesaria la intervención del juez de tutela.

3.4. Así las cosas, la Sala considera que la tutela presentada por Laura Marcela Olier Martínez es procedente.

¹⁶ Ver al respecto, entre otras: sentencia de 6 de agosto de 2017, exp. N° 2017-00265-01, sentencias de 6 de diciembre de 2017 exp. N°; 2017-01847-01 y 2017-01956-01 y, sentencia de 13 de diciembre de 2017, exp. N° 2017-00736-01, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

3.5. Por otra parte, la Sala disiente del argumento del señor Múnera consistente en que la tutela objeto de análisis no cumple con el requisito de subsidiariedad. A su juicio, esto se debe a que la accionante promovió demanda de nulidad electoral en su contra.

La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que la finalidad de ese medio de control persigue la restauración del orden jurídico abstracto vulnerado por un acto ilegal o inconstitucional. Sin embargo, ha enfatizado que su propósito no es el reconocimiento de derechos concretos o la declaración de situaciones subjetivas a favor de la parte demandante. Por ende, en consideración a que lo pretendido por la tutelante es lograr su nombramiento, no podría concluirse que tal mecanismo es idóneo para dicha pretensión, debido a que a través de la nulidad electoral no será posible materializar ese propósito.

4. Vigencia de la lista de elegibles y su análisis en el caso

4.1. Frente al argumento expuesto por la Procuraduría sobre la imposibilidad de nombrar a la accionante, dado el vencimiento de la lista de elegibles, debe tenerse en cuenta que Laura Marcela Olier Martínez solicitó su nombramiento desde antes de la expiración de la lista¹⁷.

Así lo corroboran los derechos de petición presentados por la tutelante en el año 2017¹⁸ y el 20 de abril de 2018¹⁹. Solicitudes a las que se suman las presentadas desde 2016, a fin de obtener información sobre los nombramientos de los otros elegibles y las vacantes disponibles.

En consecuencia, resulta paradójico que la entidad se excuse en la expiración de lista, pese a que desde antes del vencimiento de la lista, la accionante solicitó su nombramiento para un cargo del que existían vacantes.

Si se aceptare tal razonamiento, atendidas las circunstancias específicas que se ponen de presente, se desnaturalizaría la carrera y el sistema de

¹⁷ La Resolución N° 345 se publicó el 8 de julio de 2016. Dado que la vigencia de la lista de elegibles era de dos años contados desde la publicación, en principio, esta expiró el 8 de julio de 2018. Sin embargo, debe considerarse que esta vigencia fue suspendida, gracias a la medida cautelar decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera - Subsección B.

¹⁸ No se conoce la fecha exacta de radicación. Pero del Oficio 391 de 18 de enero de 2018 se desprende que este se presentó en el año 2017. Folio 70. CD. Carpeta solicitudes de nombramiento. Prueba 29.

¹⁹ Folio 70. CD. Carpeta solicitudes de nombramiento. Prueba 30.

mérito previsto para proveer los cargos en la Procuraduría General de la Nación, por el simple transcurso del tiempo, abstracción hecha de otras circunstancias relevantes como la que se acaba de mencionar.

4.2. Se insiste, aceptar la tesis expuesta por la Procuraduría sería equivalente a desconocer la finalidad de la carrera administrativa, la importancia del principio del mérito y los grandes esfuerzos presupuestales y logísticos en que incurre el Estado para su materialización.

Recuérdese que la razón de ser de la carrera administrativa frente a otras formas de selección de personal ha sido una lucha constante del constitucionalismo colombiano, a fin de eliminar las prácticas clientelistas, el “amiguismo” y el nepotismo.

Tampoco puede olvidarse que constitucionalmente el mérito constituye el principio que rige el ingreso, permanencia y retiro de los cargos del Estado. Y que la carrera administrativa maximiza la incorporación de personal óptimo y capacitado para el ejercicio de la función pública y garantiza el derecho a la igualdad de los ciudadanos que aspiran al ejercicio de un cargo público.

4.3. Así las cosas, la Sala encuentra que la expiración de la lista no constituye una justificación válida para abstenerse de proveer todas las vacantes ofertadas, porque **i)** la accionante solicitó su nombramiento antes del vencimiento de la lista para alguno de los cargos vacantes y **ii)** admitir el razonamiento de la entidad accionada sería desconocer las finalidades de la carrera administrativa, el rol constitucional del principio al mérito y los esfuerzos económicos y organizacionales en que incurre el Estado para que todos los cargos ofertados se provean con las personas merecedoras señaladas en la lista.

Por consiguiente, no es aceptable el argumento que se funda en la “imposibilidad” de proveer todas las vacantes ofertadas, por el vencimiento de la lista de elegibles. Motivo por el que la Sala procederá a estudiar si la Procuraduría General de la Nación vulneró el debido proceso y el principio al mérito de la accionante, en razón a que insistentemente se ha negado a nombrarla.

5. Provisión de los cargos ofertados en la Convocatoria 006 de 2015 y su análisis en el caso

5.1. El artículo 20 de la Resolución 040 de 2015, mediante la que se dio apertura a la convocatoria, dispone que “*la provisión de los empleos será efectuada con quien ocupe el primer puesto y en estricto orden descendente*”. Precepto desarrollado en armonía con el artículo 216 del Decreto 262 de 2000, y en el que a su vez establece lo siguiente:

“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”.

De las normas transcritas se desprende que los empleos ofertados mediante el concurso de méritos deben proveerse con base en la lista de elegibles, en estricto orden descendente, hasta agotar todas las vacantes. Una vez efectuado el nombramiento del concursante, este debe ser retirado de la lista, salvo que no haya aceptado o no se posesione por razones ajenas a su voluntad.

Esto significa que una vez nombrados los primeros 94 elegibles, la Procuraduría debió depurar la información de la lista. Es decir, retirar a las personas que aceptaron el nombramiento y tomaron posesión del cargo y dejar aquellas que por razones ajenas a su voluntad no lo hicieron, de ser el caso.

De modo que los concursantes que no aceptaron el nombramiento o no pudieron posesionarse por razones ajenas a su voluntad debían ubicarse en los primeros puestos del nuevo listado, para ser nombrados en las plazas vacantes. Y posteriormente continuar en estricto orden descendente con los demás elegibles.

5.2. La Procuraduría General de la Nación, efectivamente, acreditó que realizó ese ejercicio, al recomponer la lista. El resultado de esa depuración fue que Omar Alfonso Ochoa Maldonado quedó como el primer integrante de tal registro. Asimismo, la entidad acreditó que procedió a nombrarlo.

Sin embargo, lo que la Procuraduría no acreditó es que haya continuado con la recomposición de la lista, con miras a proveer todos los cargos ofertados con los elegibles. Esto significa que la entidad debió continuar depurando la lista hasta proveer todas las vacantes ofertadas con las personas que ostentaran mejor derecho, de acuerdo con su posición en la lista.

Era obligación de la entidad analizar si existían más personas en las mismas condiciones que el señor Ochoa, es decir si persistían elegibles que no pudieron aceptar el nombramiento o no se posesionaron por razones ajenas a su voluntad. Así lo exige el artículo 216 del Decreto 262 de 2000 y así se ordenó en las sentencias de 28 de noviembre de 2018 proferidas por esta Sección.

Ese fue el caso del señor Dexter Emilio Cuello Villareal, quien ocupó el puesto 14 en la lista, pero que en su momento se le imposibilitó aceptar el nombramiento. Sobre este, la Procuraduría informó que la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil amparó los derechos a la igualdad, al debido proceso y al acceso al desempeño de cargos públicos de este último. Sin embargo, la entidad guardó silencio frente al cumplimiento de esa orden judicial, esto es frente al nombramiento.

Terminado el estudio sobre las personas que no aceptaron o no se posesionaron por razones ajenas a su voluntad, y de no encontrar más elegibles en esa circunstancia, la Procuraduría tenía el deber de seguir depurando la lista en orden descendente. Ejercicio del que resulta evidente que quien continúa en la lista es Laura Marcela Olier Martínez al haber ocupado el puesto 107, pues el último nombrado en estricto orden descendente fue César Augusto, quien se posicionó en el escalón 106.

Como se indicó, la Procuraduría no realizó estos ejercicios. Solamente se limitó a nombrar a Omar Alfonso Ochoa Maldonado.

Para la Sala tal omisión constituye una transgresión a los artículos 20 de la Resolución N° 040 de 20 de enero de 2015 y 216 del Decreto Ley 262 de 2000 y consecuentemente de los derechos al debido proceso y al principio al mérito de Laura Marcela Olier Martínez.

5.3. Por último, se precisa que el amparo de tutela otorgado al señor Múnera no es óbice para que la Entidad accionada se abstenga de proveer todas las vacantes ofertadas con los elegibles de mejor derecho.

Ya en una oportunidad pasada esta Sección indicó lo siguiente:

“...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 Civil , en el fallo de la acción de tutela promovida por el señor Dexter Emilio Cuello Villareal.

[...]

...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”.

Lo anterior demuestra que esta Sección ya clarificó, **y lo vuelve a hacer**, que el nombramiento del señor Javier Enrique Múnera Oviedo no debe entenderse como un obstáculo o impedimento para que la entidad provea los cargos ofertados en la Convocatoria, con las personas que ganaron meritoriamente el derecho a ser nombrados. Más cuando, se insiste, el amparo brindado al señor Múnera era de carácter transitorio, esto es, hasta que cumpliera las condiciones para alcanzar su pensión de vejez.

Justamente, en la providencia que le otorgó el amparo transitorio, se indicó que al momento de ser desvinculado de la entidad –el 8 de agosto de 2016–, **al señor Múnera le faltaba 1 año y 4 meses para consolidar su estatus de pensionado**. Sin embargo, a la fecha han transcurrido más de 2 años desde que se otorgó el amparo de tutela, lo que permite concluir que en la actualidad consolidó su derecho pensional.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la protección brindada perdió su objeto, debido a que ya transcurrió el tiempo que le restaba al actor para reunir los requisitos pensionales.

5.4. Así las cosas, se revocará la decisión de primera instancia, y amparará el derecho fundamental al debido proceso y el principio del mérito de *Laura Marcela Olier Martínez*.

En consecuencia, **se le ordenará a la Procuraduría General de la Nación nombrarla en período de prueba en alguno de los cargos ofertados en la Convocatoria 006 de 2015, preferentemente en aquel ocupado por el señor Javier Enrique Múnera Oviedo** –cuya protección constitucional era temporal como ya se indicó–, **o en otro que se encuentre en provisionalidad, en similares condiciones a las del citado señor.**

Se precisa así el amparo, porque si bien en las tutelas interpuestas por María Magaly Santos Murillo²⁰ y Omar Alfonso Ochoa²¹ –de las que conoció esta Sección en sede de tutela–, se ordenó la recomposición de la lista, en este caso tal orden sería insuficiente.

Esto, porque la defensa de la entidad se fundamenta en la existencia de otras órdenes de tutela que protegieron la estabilidad reforzada de prepensionados para no realizar los nombramientos correspondientes a personas que aspiraban al cargo en función del mérito, y que en sentir de la Sección, eran claras –las sentencias– respecto de la vigencia temporal de las órdenes y de la prevalencia del derecho a la carrera.

En el caso de la señora Laura Marcela Olier Martínez, además de presentarse la misma situación, se produjo el vencimiento de la lista, luego, no resultaría suficiente disponer su recomposición.

En mérito de lo expuesto, **la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

²⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 28 de noviembre de 2018, aclarada por auto del 5 de febrero de 2019. Expediente No. 25000-23-42-000-**2018-01537-01**.

²¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Expediente No. 11001-03-15-000-**2018-01523-01**. Sentencia del 28 de noviembre de 2018, aclarada por auto del 5 de febrero de 2019.

1. **Revocar** la sentencia de 24 de mayo de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “F”, y en su lugar, **amparar** el derecho fundamental al debido proceso y el principio del mérito dentro de *Laura Marcela Olier Martínez*, por las razones expuestas en esta providencia.

2. **Ordenar** a la *Procuraduría General de la Nación*, que dentro de los quince (15) días contados a partir de la notificación de esta providencia, **nombre en período de prueba a Laura Marcela Olier Martínez, en alguno de los cargos ofertados en la Convocatoria 006 de 2015**, preferentemente en el ocupado por el señor Javier Enrique Múnera Oviedo –*cuya protección constitucional era temporal*–, o en otro que se encuentre en provisionalidad, en similares condiciones. conforme lo dicho en la parte motiva.

3. **Notificar** la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.

4. **Enviar** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Presidente de la Sala

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Consejera

MILTON CHAVES GARCÍA
Consejero

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Consejero