

AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES / CONCURSO DE MÉRITOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / NOMBRAMIENTO POR FASES

Según el informe de la Procuraduría General de la Nación - y que corroboran los actores-, en las dependencias que fueron ofertadas y que estaban ubicadas en Pasto (...) fueron nombrados los participantes que ocuparon los puestos 5 y 26 de la lista de elegibles de la Convocatoria 108 de 2015. Es decir, en los cargos ofertados en la convocatoria, fueron nombrados personas que ocupan mejores puestos de elegibilidad que los actores, quienes ocupaban los puestos 36 y 73. (...) Lo anterior demuestra que la Procuraduría General de la Nación sí está haciendo uso de la lista de elegibles para proveer los cargos ofertados en la Convocatoria 108 de 2015 y, por lo tanto, está cumpliendo el inciso final del artículo 216 del Decreto 262 de 2000, que establece que «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». Ahora, para la Sala, no es arbitraria la decisión de la Procuraduría General de la Nación de efectuar los nombramientos por fases. Por el contrario, esa metodología permite razonablemente la depuración de la lista de elegibles y de las sedes vacantes que fueron ofertadas, al tiempo que garantiza el derecho de las personas que vayan ocupando los mejores puestos de elegibilidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 52001-23-33-000-2018-00143-01(AC)

Actor: MARÍA FERNANDA BOLAÑOS SOLARTE Y OTROS

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Sala decide la impugnación interpuesta por Mario Burbano Gelpud contra la sentencia del 18 de abril de 2018¹, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que denegó las pretensiones de la tutela.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio de la acción de tutela, la señora María Fernanda Bolaños Solarte, que actuaba en nombre propio y en representación de su hijo Juan Felipe Ramos Bolaños, y el señor Mario Burbano Gelpud, que actuaban en nombre propio y en

¹ Folios 262-272 del expediente.

representación de sus hijas Gabriela Burbano Criollo y Ángela Burbano Criollo, pidieron la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, de acceso a cargos públicos y la prevalencia de los derechos de los niños, que estimaron vulnerados por la Procuraduría General de la Nación. Expresamente, formularon las siguientes pretensiones²:

(...) ordenar a la Procuraduría General de la Nación lo siguiente:

- Realice nombramiento en periodo de prueba a MARÍA FERNANDA BOLAÑOS SOLARTE (...), en el cargo de Sustanciador Código 4SU grado 11 de la Procuraduría 96 Judicial I Administrativa de Pasto, con funciones en sede Pasto.
- Realice nombramiento en periodo de prueba a MARIO BURBANO GELPUD (...), en el cargo de Sustanciador Código 4SU grado 11 de la Procuraduría 12 Judicial I Laboral de Pasto.
- Que se ordene a la Procuraduría General de la Nación que declare terminado el nombramiento provisional y encargo en los cargos sustanciador Código 4SU grado 11 de la Procuraduría 96 Judicial I Administrativa de Pasto y sustanciador Código 4SU grado 11 de la Procuraduría 12 Judicial I Laboral de Pasto.

2. Hechos

Del expediente, la Sala destaca la siguiente información:

2.1. Mediante Resolución 332 del 12 de agosto de 2015, la Procuraduría General de la Nación dio apertura al concurso de méritos para proveer empleos de carrera de la entidad.

2.2. La señora María Fernanda Bolaños Solarte y el señor Mario Burbano Gelpud se inscribieron a la convocatoria 108, que ofertaba 178 empleos de sustanciador grado 11, distribuidos en varias sedes del país.

2.3. Mediante Resolución 113 del 7 de abril de 2017³, la Procuraduría General de la Nación conformó la lista de elegibles para proveer los empleos vacantes de sustanciador grado 11. En esa lista, el señor Mario Burbano Gelpud ocupó el puesto 36 y la señora María Fernanda Bolaños Solarte el puesto 73.

2.4. Durante la primera fase de nombramientos, la Procuraduría General de la Nación nombró a Mario Burbano Gelpud en la Procuraduría 81 Judicial II Penal de Tuluá, con sede en Tuluá, con funciones en la procuraduría 82 Judicial II Penal de Tuluá⁴, y a María Fernanda Bolaños Solarte en la Procuraduría 20 Judicial II Restitución de Medellín, con sede en Medellín⁵. Sin embargo, Mario Burbano Gelpud y María Fernanda Bolaños Solarte no aceptaron esos nombramientos por razones de unidad familiar⁶.

2.5. En la segunda etapa de nombramientos, la Procuraduría General de la Nación nombró a Mario Burbano Gelpud en la Procuraduría 211 Judicial I Administrativa

² Folios 52-53 del expediente.

³ Folios 14-23 del expediente.

⁴ Decreto 2828 del 15 de mayo de 2017 (folios 54-55 del expediente).

⁵ Decreto 2876 del 15 de mayo de 2017 (folio 74 del expediente).

⁶ Folios 56-57 y 75 del expediente.

de Pereira, con sede Pereira⁷, y a María Fernanda Bolaños Solarte en la Procuraduría 19 Judicial II Administrativa de Cali, con sede en Cali⁸. No obstante, no aceptaron los nombramientos por razones de unidad familiar⁹.

2.6. María Fernanda Bolaños Solarte y Mario Burbano Gelpud solicitaron a la Procuraduría General de la Nación que los nombrara en procuradurías con sede en la ciudad de Pasto, pero la entidad respondió que esa petición solo podía ser estudiada una vez culminara la segunda fase de nombramientos y se iniciara la tercera etapa¹⁰.

3. Argumentos de la tutela

3.1. Los actores adujeron que la Procuraduría General de la Nación vulneró los derechos fundamentales invocados, toda vez que no los nombró en la ciudad de Pasto, a pesar de que existen vacantes y de que son los siguientes en orden de elegibilidad que optaron por esa sede. En resumen, dijeron:

3.1.1. Que los concursantes que ocuparon los puestos 5, 21, 26, 29, 36 y 73 en la lista de elegibles de la convocatoria 108 seleccionaron como sede principal para el nombramiento la ciudad de Pasto. Que, en virtud de la sede de preferencia, los concursantes que ocuparon los puestos 5 y 21 fueron nombrados en Pasto, en los dos empleos ofertados en la convocatoria 108 de 2015.

Que, posteriormente, uno de los concursantes nombrado en Pasto renunció al cargo y, por orden impartida mediante fallo de tutela, la Procuraduría General de la Nación nombró en ese empleo a la participante que ocupó el puesto 26 en la lista de elegibles. Que, a su turno, la participante que ocupó el puesto 29 en la lista de elegibles aceptó el nombramiento en la ciudad de Cali.

Que las circunstancias descritas produjeron que Mario Burbano Gelpud (puesto 36) y María Fernanda Bolaños Solarte (puesto 73) fueran los siguientes en orden de elegibilidad que seleccionaron a Pasto como sede principal para el nombramiento.

3.1.2. Que, de conformidad con el artículo 216 del Decreto 262 de 2000, la lista de elegibles debe ser utilizada, en estricto orden de mérito, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en otros iguales —que exijan los mismos requisitos— o, incluso, en empleos de menor jerarquía.

Que, a su juicio, la Procuraduría General de la Nación debió nombrarlos en Pasto, pues en esa ciudad había vacantes definitivas en empleos iguales a los convocados (sustanciador grado 11). Que, en efecto, en la Procuraduría 145 Judicial II Penal de Pasto y en la Procuraduría 30 Judicial II para el Trabajo y la Seguridad Social existían sendas vacantes del empleo de sustanciador grado 11, que fueron ocupados, respectivamente, mediante nombramiento provisional y mediante traslado.

Que, además, también efectuó un nombramiento provisional en el cargo de sustanciador grado 11 de la Procuraduría 96 Judicial I de Pasto (con funciones en la Procuraduría 82 Judicial II Penal de Cartagena) y un encargo en la Procuraduría

⁷ Decreto 6382 del 15 de diciembre de 2017 (folios 59-60 del expediente).

⁸ Decreto 6389 del 15 de mayo de 2017 (folio 78 del expediente).

⁹ Folios 61-62 y 79 del expediente.

¹⁰ Folios 63, 65 y 68 del expediente.

59 Judicial I Administrativa de Cali (con funciones en la Procuraduría 12 Judicial I Laboral de Pasto).

3.1.3. Que la Procuraduría General de la Nación impide la posibilidad de ocupar un cargo en Pasto, toda vez que está permitiendo que, mediante otras situaciones administrativas (traslados, encargos y nombramientos en provisionalidad), se provean las plazas vacantes en esa ciudad. Que ese actuar de la Procuraduría está causando un perjuicio irremediable, porque impide que accedan a un cargo de carrera en la ciudad de Pasto y, de ese modo, pone en peligro la unidad familiar.

3.1.4. Que, de hecho, existe un precedente judicial de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que, mediante sentencia de tutela del 21 de febrero de 2018¹¹, ordenó que se diera prioridad al orden de elegibilidad para proveer los cargos ofertados.

4. Intervención de la Procuraduría General de la Nación (entidad demandada)

4.1. El asesor de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación pidió que la tutela fuera declarada improcedente o, en su defecto, se denegaran las pretensiones. En resumen, expuso:

4.1.1. Que los demandantes pretenden el nombramiento en la Procuraduría 12 Judicial I Laboral de Pasto y en la Procuraduría 96 Judicial I Administrativa de Pasto. Que, sin embargo, la Procuraduría 12 Judicial I Laboral de Pasto no cuenta con sustanciador asignado, mientras que el cargo de sustanciador grado 11 de la Procuraduría 96 Judicial I Administrativa de Pasto, que está provisto en provisionalidad, ejerce funciones en la Procuraduría 82 Judicial II Penal de Cartagena.

4.1.2. Que, con funciones en la ciudad de Pasto, están nombrados: i) Armando Arturo Arroyo Bucheli, empleado de carrera administrativa que fue nombrado en la Procuraduría 194 Judicial I para la Conciliación Administrativa de Bogotá y se le asignaron funciones en la Procuraduría 30 Judicial II para el Trabajo y la Seguridad Social de Pasto, e ii) Ivania del Rosario Bastidas Bastidas, nombrada en provisionalidad en la Procuraduría 71 Judicial I de Florencia y se le asignaron funciones en la Procuraduría 145 Penal Judicial II de Pasto.

4.1.3. Que en la convocatoria 108 de 2015, que ofertó los empleos de sustanciador grado 11, solo se ofertaron 2 empleos con sede en Pasto: uno en la Procuraduría 207 Judicial I Administrativa de Pasto y uno en la Procuraduría 156 Judicial II Administrativa de Pasto. Que, sin embargo, esos empleos fueron provistos por personas con mejor derecho de elegibilidad: los participantes que quedaron en los puestos 5 y 21. Que, ante la renuncia de uno de esos concursantes que había aceptado el nombramiento en Pasto, se nombró, en virtud de un fallo de tutela, a la participante que seguía en orden de elegibilidad.

Que, en vista de la ausencia de vacantes en Pasto, los actores fueron nombrados en sedes alternas que ellos mismos eligieron, pero se han negado a aceptar. Que, a pesar de eso, la Procuraduría General de la Nación ha admitido las razones invocadas como causas ajenas a la voluntad y, por ende, los demandantes permanecen en la lista de elegibles.

¹¹ Radicación 52001-22-13-000-2017-00306-01.

5. Intervención de terceros vinculados

5.1. Armando Arturo Arroyo Bucheli (sustanciador que cumple funciones en la Procuraduría 30 Judicial II para el Trabajo y la Seguridad Social de Pasto).

Explicó que participó en la convocatoria 108 de 2015 y, luego de superar todas las etapas del concurso de méritos, fue nombrado en la Procuraduría 194 Judicial I Administrativa de Bogotá. Adujo que, después de haber superado el periodo de prueba y haber sido inscrito en carrera administrativa el 20 de noviembre de 2017, solicitó a la Procuraduría General de la Nación que lo trasladara a una dependencia con sede en Pasto por razones familiares (enfermedad de su progenitora). Agregó que la entidad denegó la petición de traslado porque no había vacantes en la ciudad de Pasto, pero, en su defecto, le asignó funciones en la Procuraduría 30 Judicial II del Trabajo y la Seguridad Social de Pasto, dependencia que no fue ofertada en la convocatoria 108 de 2015. Por último, advirtió que la asignación de funciones se adoptó conforme con el procedimiento administrativo dispuesto para esas situaciones y que no vulneró derechos de los integrantes de la lista de elegibles, por cuanto la convocatoria 108 de 2015 no ofertó cargo de sustanciador en la Procuraduría 30 Judicial II del Trabajo y la Seguridad Social de Pasto.

5.2 Sandra Patricia Riascos Pinchao (sustanciadora grado 11 de la Procuraduría 145 Judicial II Administrativa de Bogotá).

Expuso que, de manera previa a la acción de tutela de la referencia, presentó sendas solicitudes de traslado y de asignación de funciones a dependencias con sede en la ciudad de Pasto, que se encuentran actualmente en trámite. Que la entidad demandada ha utilizado la lista de elegibles de la convocatoria 108 de 2015, pues, de hecho, nombró a los actores en sedes alternas que ellos mismos seleccionaron en la etapa. Que, en ese contexto, no puede alegarse la vulneración de derechos fundamentales de los actores, toda vez que fueron nombrados en cargos ofertados y no hay razón que impida a la Procuraduría General de la Nación tramitar solicitudes de traslado o de asignación de funciones, que es el procedimiento establecido para esos efectos.

5.3. Ricardo Gutiérrez Ortiz (sustanciador grado 11 de la Procuraduría 135 Judicial II Administrativa de Bogotá).

Manifestó que concursó en la convocatoria 108 de 2015 y, en virtud de ello, fue nombrado como sustanciador grado 11 en la Procuraduría 135 Judicial II Administrativo de Bogotá, a pesar de no ser una de las sedes que seleccionó como principal o alternas. Afirmó que obtuvo calificación excelente en el periodo de prueba y fue inscrito en carrera administrativa. Narró que solicitó traslado definitivo a la Procuraduría 156 Judicial II Administrativa de Pasto, en atención a razones de índole personal y familiar (dependencia afectiva y económica de los padres, que, además, padecían múltiples enfermedades) y a que el sustanciador grado 11 —que había sido nombrado en virtud de la convocatoria 108 de 2015— de esa dependencia renunció al cargo.

Adujo que la Procuraduría General de la Nación accedió a la petición, pero, posteriormente, un fallo de tutela, dictado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dejó sin efectos el acto administrativo de traslado y, en su lugar, dispuso que se valorara su hoja de vida y la de una integrante de la lista que aspiraba a ocupar un cargo en Pasto, para establecer, mediante criterios objetivos, quién tenía las mejores cualidades para ocupar el cargo de sustanciador grado 11 de la Procuraduría 156 Judicial II Administrativa de Pasto.

Cuestionó el fallo de tutela que revocó el traslado —a su juicio, se desconocieron otros pronunciamientos de tutela y el mejor derecho que le asistía— y reprochó que la Procuraduría General de la Nación, en vez de realizar una comparación entre los candidatos, optó por la integrante de la lista de elegibles. Concluyó que el acto administrativo que revocó el traslado: i) desconoció el alcance de la orden de tutela impartida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; ii) desconoció los precedentes de las sentencias T-159 de 2017 y T-953 de 2004, dictadas por la Corte Constitucional, y iii) vulneró el debido proceso administrativo, porque excluyó la presentación de recursos, a pesar de que sí eran procedentes. Finalmente, reprochó que en algunas dependencias de Pasto se hicieran nombramientos de sustanciadores grado 11 en provisionalidad o se asignaran funciones, cuando él tenía mejor derecho.

5.4. Procuraduría 96 Judicial I Administrativa de Pasto. La procuradora informó que esa dependencia no cuenta con el empleo de sustanciador grado 11 en la planta de personal, a pesar que ha elevado múltiples solicitudes sobre la necesidad de contar con ese cargo.

5.5. Ivania Bastidas Bastidas (sustanciadora que ejerce funciones en la Procuraduría 145 Judicial II Penal de Pasto). Expuso que tiene a cargo a su hijo de 15 años y a su madre de 66 años, quienes dependen afectiva y económicamente de ella. Añadió que la única fuente de ingresos proviene de lo que recibe como sustanciadora grado 11 de la Procuraduría 71 Judicial Administrativa de Florencia, con funciones la Procuraduría 145 Judicial II Penal de Pasto. Explicó que dada la edad de su hijo —que requiere todo el cuidado y acompañamiento—, le es imposible ejercer las funciones en una ciudad diferente a Pasto. Por último, indicó que el cargo de sustanciador en la Procuraduría 145 Judicial II Penal de Pasto no fue ofertado en la convocatoria 108 de 2015.

6. Sentencia impugnada

6.1. El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia del 18 de abril de 2018¹², denegó el amparo solicitado, al estimar que no hubo vulneración de derechos fundamentales. En concreto, adujo:

6.1.1. Que los demandantes no controvertían un acto administrativo dictado en desarrollo del concurso de méritos, sino que pretendían la utilización de la lista de elegibles para efectuar nombramientos en cargos vacantes de sustanciador grado 11 en la ciudad de Pasto y, por ende, al carecer de otros medios judiciales idóneos, la tutela sí debía estudiarse de fondo.

6.1.2. Que, sin embargo, no había vulneración de derechos fundamentales, por cuanto la Procuraduría General de la Nación utilizó la lista de elegibles y nombró a los actores en las dos primeras rondas de nombramientos, de ahí que, precisamente, los demandantes debieran esperar a la consolidación de situaciones jurídicas derivadas de la segunda fase de nombramientos y a la recomposición de la lista de elegibles, para establecer, con grado de certeza, el orden de elegibilidad que le correspondía a cada uno.

6.1.3. Que, básicamente, no podía ordenarse el nombramiento pretendido por los actores, porque se desconocerían los derechos de los demás participantes e interesados que aspiran a ocupar un empleo de sustanciador grado 11 en la

¹² Folios 49-57 del expediente.

ciudad de Pasto, entre esos las personas que previamente presentaron solicitudes de traslado o de asignación de funciones.

7. Impugnación

7.1. El señor Mario Burbano Gelpud, que actúa en nombre propio y en representación de las menores Ángela María Burbano Criollo y Gabriela Burbano Criollo, impugnó la sentencia de tutela de primera instancia y pidió que se accediera a las pretensiones de la tutela. En concreto, adujo:

7.1.1. Que las reglas de la convocatoria (Resolución 332 de 2015 y artículo 216 del Decreto 262 de 2000) no establecían que los nombramientos se hicieran por etapas, ni que los elegibles debieran esperar a la consolidación de situaciones jurídicas derivadas de nombramientos o de respuestas a solicitudes de traslado o de asignación de funciones.

7.1.2. Que, conforme con la normativa aplicable, la persona que acepta el cargo es retirada de la lista de elegibles y las vacantes que se vayan presentando, sea en el mismo empleo o en otros iguales, deben ser provistas por los demás integrantes, en estricto orden de mérito, sin necesidad de esperar a consolidación de situaciones jurídicas. Que, precisamente, fue una solicitud de traslado lo que provocó que el participante que ocupó el puesto 93 en la lista de elegibles lograra un cargo en la ciudad de Pasto, por encima de los participantes que ocupaban los puestos 26 y 36 de la misma lista de elegibles.

7.2. Que la forma en que la Procuraduría General de la Nación ha venido realizando los nombramientos puede provocar que la lista de elegibles se venza, pues ya solo resta un año de vigencia.

7.3. Que, actualmente, el cargo de sustanciador grado 11 de la Procuraduría 96 Judicial I Administrativa de Pasto estaba vacante y, por ende, debía hacerse el nombramiento en ese empleo, pues era el primer elegible que optó por Pasto como sede principal.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de protección, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro mecanismo de defensa debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

1. Planteamiento y solución del problema jurídico

1. En los términos de la impugnación, a la Sala le corresponde determinar si estuvo ajustada a derecho la decisión del *a quo*, que concluyó que la Procuraduría General de la Nación no vulneró los derechos fundamentales del señor Mario

Burbano Gelpud, por no haberlo nombrado en uno de los empleos de sustanciador grado 11 con sede en Pasto, o si, por el contrario, el amparo solicitado es procedente.

2. Conviene precisar que la Procuraduría General de la Nación, mediante Convocatoria 108 de 2015¹³, ofertó 114 cargos de sustanciador grado 11, pero solo dos estaban adscritos a dependencias ubicadas en la ciudad de Pasto.

2.1. Según el informe de la Procuraduría General de la Nación —y que corroboran los actores—, las dependencias que fueron ofertadas y estaban ubicadas en Pasto eran: la Procuraduría 207 Judicial I Administrativa de Pasto y la Procuraduría 156 Judicial II Administrativa de Pasto.

2.2. Las partes coinciden en que en esas dependencias fueron nombrados los participantes que ocuparon los puestos 5 y 26 de la lista de elegibles de la convocatoria 108 de 2015. Es decir, en los cargos ofertados en la convocatoria, fueron nombrados personas que ocupan mejores puestos de elegibilidad que los actores, quienes ocupaban los puestos 36 y 73.

3. Lo anterior demuestra que la Procuraduría General de la Nación sí está haciendo uso de la lista de elegibles para proveer los cargos ofertados en la Convocatoria 108 de 2015 y, por lo tanto, está cumpliendo el inciso final del artículo 216 del Decreto 262 de 2000¹⁴, que establece que *«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»*.

4. Ahora, para la Sala, no es arbitraria la decisión de la Procuraduría General de la Nación de efectuar los nombramientos por fases. Por el contrario, esa metodología permite razonablemente la depuración de la lista de elegibles y de las sedes vacantes que fueron ofertadas, al tiempo que garantiza el derecho de las personas que vayan ocupando los mejores puestos de elegibilidad.

5. La Sala precisa que no existe una norma que dé prevalencia a la lista de elegibles sobre las solicitudes de traslado para la provisión de cargos no ofertados en la convocatoria, como lo sugieren los demandantes. Si bien el artículo 216 del Decreto 262 de 2000 habilita que la lista de elegibles sea utilizada para proveer otros cargos de igual jerarquía —se entiende no ofertados—, lo cierto es que las figuras del traslado definitivo y de asignación de funciones (denominado traslado transitorio) también están previstas por el Decreto 262 de 2000¹⁵ y, por ende, en principio, es el procurador general de la Nación quien, en atención a la estructura interna, a las necesidades del servicio y a los planes y programas trazados por la entidad, debe resolver el conflicto cuando concurren intereses de ese tipo. Todo eso porque, como se sabe, la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación es globalizada¹⁶.

¹³ <https://concursoempleosdecarrerapgn.udea.edu.co/portal/static/108-2015.pdf>

¹⁴ 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.

¹⁵ Artículo 87 del Decreto 262 de 2000.

¹⁶ Artículos 7.39 y 81 del Decreto 262 de 2000 y artículo 2 del Decreto 265 de 2000.

6. Respecto de la posibilidad del vencimiento de la lista de elegibles, la Sala advierte que aún faltan 10 meses, término en el que la Procuraduría General de la Nación continuará con los nombramientos a que haya lugar, en la medida en que existan vacantes. En todo caso, la proximidad del vencimiento de la lista no es un argumento que puedan invocar los demandantes para que se conceda el amparo solicitado, pues, desde la vigencia de la lista de elegibles, la Procuraduría General de la Nación los nombró en dos oportunidades¹⁷, incluso, en sedes alternas de preferencia que ellos mismos seleccionaron. Otra cosa es que los demandantes, por razones de unidad familiar, no aceptaran los nombramientos. Esas decisiones han sido respetadas por la Procuraduría General de la Nación, a tal punto que los actores aún continúan en la lista de elegibles.

7. Por último, la Sala estima pertinente referirse al supuesto precedente judicial de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. En sentencia de tutela del 21 de febrero de 2018¹⁸, se resolvió el caso de una participante que ocupó el puesto número 26 de la lista de elegibles de la convocatoria 108 de 2015, que cuestionaba que la Procuraduría General de la Nación hubiera provisto el cargo de sustanciador grado 11 de la Procuraduría 156 Judicial II Administrativa de Pasto, mediante la aceptación de traslado de una persona que ocupó el puesto 93 en la misma lista de elegibles. En esa oportunidad el reproche consistió en que el cargo de sustanciador grado 11 de la Procuraduría 156 Judicial II Administrativa de Pasto, empleo que había sido ofertado en la convocatoria 108 de 2015 y que fue provisto inicialmente por la persona que ocupó el puesto 21 de la lista de elegibles, volvió a quedar vacante por renuncia del titular y, por consiguiente, debía proveerse mediante la lista de elegibles, en estricto orden de mérito.

7.1. En esa ocasión, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia resaltó que el cargo de sustanciador grado 11 de la Procuraduría 156 Judicial II Administrativa de Pasto había sido ofertado en la Convocatoria 108 de 2015 y, por ende, la nueva vacancia —por renuncia del participante que obtuvo mejor lugar— no excluía ese cargo de la convocatoria, sino que habilitaba para que se hiciera uso de la lista de elegibles. Sin embargo, la autoridad judicial tuvo en cuenta que el traslado es una situación administrativa permitida por el estatuto de personal de la Procuraduría General de la Nación, de ahí que, a su juicio, ante la concurrencia de interesados en el cargo, *«la Procuraduría General de la Nación estaba en el deber de efectuar el nombramiento a favor del mejor candidato para ocupar el cargo observando criterios objetivos tales como las calidades profesionales de cada uno y sus méritos tanto en el ingreso al sistema de carrera, es decir, los resultados obtenidos en el proceso de selección, como en el desempeño de las funciones asignadas tratándose del solicitante del cambio de sede territorial, de modo que la escogencia se realice acorde con el mérito y la profesionalización de los empleos ofertados para el concurso de méritos»*¹⁹.

7.2. Como se ve, en esa ocasión se trataba de un cargo que sí había sido ofertado en la convocatoria 108 de 2015, cuya provisión produjo un conflicto entre la persona con mejor derecho de elegibilidad y un empleado de carrera que había sido trasladado a ese cargo, a pesar de que en la lista de elegibles inicial estuvo muy por debajo de la otra interesada en el cargo. La anterior descripción permite descartar que ese pronunciamiento sea un precedente judicial aplicable al presente caso, por, al menos, dos razones: i) los actores pretenden un nombramiento en un cargo que no fue ofertado en la convocatoria 108 de 2015 y ii) la regla de decisión en ese caso no predica que deba darse prevalencia

¹⁷ Folios 54-55, 59-60, 74 y 78 del expediente.

¹⁸ Folios 83-108 del expediente.

¹⁹ Folios 104-105 del expediente.

absoluta a la lista de elegibles, sino que debe escogerse al mejor candidato, según criterios objetivos, entre el empleado con solicitud de traslado y el concursante con mejor derecho a elegibilidad.

8. Queda resuelto, entonces, el problema jurídico propuesto: la decisión del *a quo* sí estuvo ajustada a derecho, toda vez que las circunstancias que suscitaron la presente controversia no son suficientes para que se imponga a la Procuraduría General de la Nación el deber de nombrar de manera inmediata al señor Mario Burbano Gelpud en una de las dependencias que esté ubicada en la ciudad de Pasto.

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

FALLA

1. **Confirmar** la sentencia impugnada, por las razones expuestas en esta providencia.
2. **Notificar** la presente decisión a las partes, como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. **Enviar** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ