



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá, D. C., mayo treinta y uno (31) de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN NÚMERO: 63001-23-33-000-2018-00058-01

ACTORA: SANDRA LORENA RAMÍREZ FLÓREZ

DEMANDADO: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA – FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir las impugnaciones presentadas por la entidad demandada y la señora Enalba Rosa Fernández Gamboa, en calidad de tercera vinculada, en contra del fallo del 17 de abril de 2018, proferido por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo del Quindío, que accedió al amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES

1. La petición

La parte demandante, ejerció acción de tutela en contra de la Procuraduría General de la Nación, con escrito recibido el 3 de abril de 2018 en la Oficina Judicial de la Dirección Seccional de Administración Judicial, con el fin de que fueran protegidos sus derechos fundamentales al acceso a cargos públicos, al debido proceso, a la igualdad y al trabajo, los cuales consideró vulnerados por la referida autoridad por la falta de nombramiento como procuradora judicial II, código y grado 3PJ-EC en la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles, luego de haber superado el concurso de méritos que se llevó a cabo a través de la convocatoria 003-2015.

En consecuencia, la parte actora pretende que:



«...

1. *Se tutelen mis derechos fundamentales a acceder a un cargo público de carrera, por haber superado todas las etapas del concurso de méritos y hacer parte de la lista de elegibles, al debido proceso, a la igualdad y al trabajo, vulnerados por el PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.*

2. *Se ordene como consecuencia al PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN, a través del respectivo acto administrativo, proceda a mi nombramiento como PROCURADORA JUDICIAL II, PROCURADUR[Í]A DELEGADA PARA ASUNTOS CIVILES, código y grado 3PJ-EC, según convocatoria 003-2015, por superar el concurso de méritos y figurar como única aspirante en el registro de elegibles, en el cargo que figura vacante – Procuraduría 31 Judicial II Delegada para Asuntos Civiles en Bogotá, dentro de un término específico, o en otra de igual categoría y especialidad, además se me garantice la posesión sujeta al cumplimiento de los términos y requisitos de ley.*

3. *Se suspenda en caso de que resulte necesario, para proteger mis derechos y los de ENALBA ROSA FERN[Á]NDEZ GAMBOA la vigencia de la lista de elegibles para el cargo al que aspiré – PROCURADORA JUDICIAL II, PROCURADUR[Í]A DELEGADA PARA ASUNTOS CIVILES, código y grado 3PJ-EC, según convocatoria 003-2015 -, adoptada por la Procuraduría General de la Nación mediante Resolución No. 347 del 8 de julio de 2016, de manera que los derechos fundamentales cuya protección invoque puedan materializarse.»*

La solicitud de tutela, tuvo como fundamento los siguientes

2. Hechos

Sostuvo que superó las etapas del concurso de méritos que la entidad demandada efectuó a través de la convocatoria 003-2015, para proveer 12 vacantes de procurador Judicial II, en la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles, código y grado 3PJ-EC¹.

¹ Mencionó que dicho concurso se llevó a cabo conforme a lo ordenado por la Corte Constitucional en sentencia C – 101 de 2013.



Indicó que mediante Resolución 347 del 8 de julio de 2016, se emitió la lista de elegibles, dentro de la cual ocupó el puesto catorce. Adujo que su vigencia quedó establecida en 2 años² y que como en ese acto³ se dispuso la provisión del empleo en estricto orden descendente, el 23 de febrero de 2017 remitió una petición para que se le informara si dichos cargos habían sido ocupados.

Agregó que recibió respuesta a su solicitud el 31 de marzo de 2017, según la cual 11 de los 12 cargos convocados habían sido ocupados, que la lista se había agotado hasta el puesto número 13 y que dos de los integrantes de la misma habían declinado.

Adujo que el 23 de enero de 2018 nuevamente presentó un requerimiento ante la autoridad demandada, para que le informara sobre las razones por las cuales no había sido nombrada, pues la lista se encontraba vigente y existía un cargo aún vacante, que ocupaba otra persona en provisionalidad.

Añadió que recibió respuesta el 21 de febrero de 2018, con la cual se le señaló, entre otras cosas, que mediante la orden de amparo del 23 de noviembre de 2016⁴, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ordenó a la entidad demandada reintegrar a la señora Enalba Rosa Fernández Gamboa a un cargo igual o equivalente al que desempeñaba, hasta que esta acreditara los requisitos para pensionarse.

Afirmó que a través del Decreto 2233 del 6 de abril de 2017 se dio cumplimiento a lo anterior, de manera que se procedió a nombrar a la señora Fernández Gamboa en la vacante de la Procuraduría Delegada 31 Judicial II para Asuntos Civiles de Bogotá, toda vez que el cargo que tenía antes de su desvinculación era el de Procuradora 87 Judicial Penal II de Villavicencio.

3. Fundamento de la petición

Consideró que sus garantías constitucionales se vulneraron, por cuanto la autoridad demandada no la ha nombrado como procuradora judicial II, código y grado 3PJ-EC en la Procuraduría

² Artículo 3°.

³ Artículo 1°.

⁴ Dentro de la acción de tutela 2016-04187-01.



Delegada para Asuntos Civiles, luego de haber superado el concurso de méritos que se llevó a cabo a través de la convocatoria 003-2015.

Manifestó que la lista de elegibles tiene vigencia de 2 años a partir de la fecha de su publicación, por lo que a pesar de sus solicitudes y requerimientos se le puede ocasionar un perjuicio irremediable en caso de que se venza sin que sea nombrada, en la vacante que ocupa la señora Fernández Gamboa hasta que cumpla los requisitos para pensionarse.

Hizo referencia a las sentencias SU 133 de 1998, SU 086 de 1999, SU 613 de 2002, SU 913 de 2009, así como las providencias T – 425 de 2001, T – 156 de 2012 y T - 595 de 2016.

4. Trámite de la solicitud de amparo

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo del Quindío, mediante auto del 4 de abril de 2018 admitió la solicitud de amparo y, en consecuencia, ordenó la notificación de la Procuraduría General de la Nación.

Adicionalmente, vinculó como terceros a Colpensiones y a la señora Enalba Rosa Fernández Gamboa y a «...*quienes integran la lista de elegibles que se encuentra vigente para el cargo de Procurador Judicial II de la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles, Código y Grado 3PJ-EC según convocatoria 003-2015 realizada por la Procuraduría General de la Nación*». Para esto último indicó el a quo que se realizara a través del sitio web de la Rama Judicial.

A su vez, se decretaron pruebas cuyos destinatarios fueron tanto la autoridad demandada, como Colpensiones y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Con auto del 11 de abril de 2018 se ordenaron nuevas pruebas para esclarecer los aspectos difusos de la controversia.



5. Argumentos de defensa

5.1 Procuraduría General de la Nación

A través de memorial recibido el 6 de abril de 2018, dicha entidad manifestó que no ha incurrido en algún desconocimiento de los derechos fundamentales de la parte actora.

Hizo un recuento de los trámites administrativos surtidos en el mencionado concurso de méritos, para resaltar que si la entidad no procedió a nombrar a la demandante en el empleo al que aspira, ello obedeció a que mediaba una razón objetiva, como lo era la orden de amparo emitida por el Consejo Superior de la Judicatura para reintegrar a la señora Enalba Rosa Fernández Gamboa.

Con escrito adicional anexó las respectivas constancias solicitadas y manifestó lo siguiente:

«1. La totalidad de los cargos de Procurador Judicial II en la especialidad de asuntos civiles de que trata la convocatoria 003-2015 fueron convocados a concurso de méritos.

2. De ellos, solamente uno (1) se encuentra provisto en provisionalidad y corresponde al de la Procuraduría 31 Judicial II para Asuntos Civiles de Bogotá en cabeza de la doctora Enalba ROSA Fernández Gamboa, por lo expresado anteriormente.

3. En la Procuraduría General de la Nación no existen cargos equivalentes al de Procurador Judicial II, Código 3PJ, Grado EC.»

5.2 Colpensiones

Pese a su notificación⁵, dicha entidad guardó silencio.

5.3 Enalba Rosa Fernández Gamboa

Mediante escrito recibido electrónicamente el 5 de abril de 2018, la mencionada vinculada se opuso a la prosperidad de la solicitud de amparo y solicitó su desvinculación, dado que su nombramiento obedeció a una orden de amparo.

⁵ Folio 96.



Precisó que deben respetarse sus derechos en calidad de prepensionada, pues no cuenta con un ingreso diferente al de su salario mensual y tampoco se le ha reconocido su pensión, además de que tiene a su cargo su señora madre que tiene 98 años de edad.

6. Sentencia de primera instancia

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo del Quindío mediante sentencia del 17 de abril de 2018, accedió al amparo solicitado, al resolver lo siguiente:

«PRIMERO: Ampárese los derechos fundamentales al acceso a cargos públicos, debido proceso, igualdad y trabajo de la señora Sandra Lorena Ramírez Flórez vulnerados por la Procuraduría General de la Nación, de conformidad a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ordénese al Procurador General de la Nación, o a quien haga sus veces, que en el término de tres (3) días proceda a reubicar a la señora Enalba Rosa Fernández Gamboa quien actualmente ocupa el cargo de Procuradora Judicial II en la Procuraduría 31 Delegada Para Asuntos Civiles de Bogotá, en alguno de los 18 cargos que se encuentran vacantes con nombramiento en provisional reportados en oficio remitido a esta Corporación por la Secretaría general, pero advirtiéndole que en el cumplimiento de dicha orden, no se podrán vulnerar otros derechos fundamentales.

TERCERO: Ordénese al Procurador General de la Nación, o quien haga sus veces, que una vez cumplido lo anterior, expida el acto administrativo a través del cual nombre a la señora Sandra Lorena Ramírez Flórez identificada con cédula de ciudadanía No. 24.413.565, como Procuradora Judicial II Delegada para Asuntos Civiles.

CUARTO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y realícese la publicaciones correspondientes.

...»



Hizo referencia a los parámetros que ha fijado la Corte Constitucional⁶ en el marco de concursos de méritos, para resaltar que dichas reglas deben armonizarse con las listas de elegibles para proveer varios cargos que han sido ofertados, en la medida que el derecho adquirido del primero en la lista desplaza a quien está en el segundo lugar y así sucesivamente, hasta que se agotan los cargos vacantes convocados.

Precisó que la solicitud de amparo era procedente en tanto que con ella se pretendía la protección de los derechos fundamentales de la actora antes de que la lista de elegibles feneciera.

Añadió que a través de esta acción de tutela tampoco se cuestionaba el contenido de la decisión de amparo emitida por el Consejo Superior de la Judicatura, ni la actuación surtida dentro del proceso, ni la acontecida antes de proferida la sentencia ni con posterioridad a ella. De manera que, tampoco se desconocía la cosa juzgada constitucional respecto de los derechos de la señora Enalba Rosa Fernández Gamboa.

Sostuvo que luego de proveerse los 11 primeros cargos vacantes, en la actualidad la actora encabezaba la lista de legibles y como consecuencia, no contaba con la simple expectativa de ser nombrada sino que tenía un derecho adquirido que no podía ser desconocido por la entidad demandada.

Mencionó que la Procuraduría al momento de nombrar a la señora Fernández Gamboa era conocedora de lo pretendido por la accionante de manera que no podía desconocer ese derecho subjetivo que le asistía de ser nombrada en el cargo que se encontraba vacante.

Refirió que a la entidad demandada le correspondía buscar otras estrategias como nombrar a la señora Fernández Gamboa en un cargo no ofertado o que estuviera vacante por haberse agotado la lista de elegibles o a un cargo equivalente.

Sostuvo que conforme a lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia T – 595 de 2016 la entidad debe analizar el margen

⁶ Sentencia T – 156 de 2012.



de maniobra que tiene para reintegrar a las personas que tienen una estabilidad laboral reforzada, como lo son los prepensionados, sin afectar los derechos de carrera de quienes superaron el concurso de méritos.

Concluyó que para dar cumplimiento al fallo de tutela que protegió los derechos de la señora Fernández Gamboa, no estaba dentro del margen de maniobra de la entidad haberla vinculado en el cargo de Procuradora Judicial II en la Procuraduría 31 Delegada para Asuntos Civiles de Bogotá, pues frente a dicho cargo la accionante tenía un derecho adquirido de ser nombrada, por ser la única integrante de la lista de elegibles pendiente de acceder a dicha vacante.

7. Las impugnaciones

7.1 Procuraduría General de la Nación

A través de memorial recibido el 18 de abril de 2018 la entidad demandada⁷ impugnó al reiterar los argumentos de su contestación y resaltar que no había procedido a nombrar a la actora en el empleo de Procuradora Judicial II, por cuanto mediaba una razón objetiva, como lo fue la orden de amparo que protegió los derechos de la señora Enalba Rosa Fernández Gamboa.

7.2 Enalba Rosa Fernández Gamboa

Mediante escrito radicado el 19 de abril de 2018, la tercera vinculada también impugnó al considerar que debe ser desvinculada de la presente acción de tutela, en la medida de que su nombramiento obedeció a una orden de amparo.

Reiteró los argumentos que expuso con su contestación y añadió que el *a quo* dispuso su reubicación en alguna de las vacantes, sin tener en cuenta que i) es «madre cabeza de familia» pues se hace cargo de su progenitora, y ii) que la Procuraduría Séptima Judicial Civil II con sede en Bogotá, adscrita a la Delegada para Asuntos Civiles y Laborales, también se encuentra sin proveer por listas.

⁷ La cual fue notificada electrónicamente el 17 de abril de 2018.



8. Trámite posterior

Con auto del 23 de abril de 2018 el *a quo* concedió las impugnaciones antes citadas.

A través de memorial recibido el 15 de mayo de 2018 en la oficina de Correspondencia del Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo del Quindío allegó el oficio S.G. 003216 del 26 de abril de 2018 suscrito por la secretaria General de la Procuraduría demandada, en el que se informa lo siguiente:

«...el señor Procurador General de la Nación profirió el Decreto N° 1935 de fecha 24 de abril de 2018, por medio del cual, en cumplimiento de un fallo de tutela, se efectúa un nombramiento ...en periodo de prueba, se reubica un servidor vinculado en cumplimiento de una orden judicial y se desvincula un servidor en provisionalidad por el cumplimiento de un fallo de tutela y a su vez profirió el Decreto N° 1940 de fecha 26 de abril de 2018, por medio del cual se modificó el Decreto N° 1935 de fecha 24 de abril de 2018.»

Para tal efecto, se anexaron las copias de los actos administrativos antes mencionados.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de las impugnaciones presentadas contra la sentencia de tutela de primera instancia, de conformidad con los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a revocar, confirmar o modificar el fallo proferido el 17 de abril de 2018 por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo del Quindío, que accedió a la solicitud de amparo.

Para el efecto, conforme a los argumentos de las impugnaciones, se analizará si la autoridad demandada no vulneró los derechos



fundamentales de la actora, al mantener el nombramiento de la tercera vinculada y, no nombrarla a ella como procuradora judicial II, código y grado 3PJ-EC en la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles, luego de haber superado el concurso de méritos que se llevó a cabo a través de la convocatoria 003-2015.

Adicionalmente, se deberá estudiar si con la decisión administrativa emitida en cumplimiento del fallo impugnado procede la declaratoria de la carencia actual de objeto por hecho superado.

3. Cuestión previa

La señora Enalba Rosa Fernández Gamboa reiteró con su impugnación que en lugar de ser desvinculada del trámite de la acción de tutela, el *a quo* decidió en su contra al ordenar ser reubicada laboralmente.

Para la Sala, la aludida solicitud de desvinculación no resulta procedente, en la medida de que hasta la fecha en la que fue emitida la sentencia impugnada, la señora Fernández Gamboa se encontraba nombrada en el cargo al cual aspira la accionante con ocasión de los derechos de carrera que invoca. Por tanto, tal petición será negada.

Además, su vinculación se dio para que se garantizara su derecho de defensa comoquiera que podían verse afectados sus derechos con el fallo, ello en atención a lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991.

4. Caso concreto

Para la accionante la entidad demandada vulnera sus derechos fundamentales, por la falta de nombramiento como procuradora judicial II, código y grado 3PJ-EC en la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles, luego de haber superado el concurso de méritos que se llevó a cabo a través de la convocatoria 003-2015.

A pesar de que tanto la entidad demandada como la señora Enalba Rosa Fernández Gamboa, vinculada como tercera



interesada, se opusieron a la solicitud de amparo; la primera, al indicar que mediaba una razón objetiva, esto es, el cumplimiento de un fallo de tutela, y la segunda, por ostentar la calidad de prepensionada y tener a su cargo a su progenitora, quien es una persona de la tercera edad.

Por su parte, el *a quo* accedió a la protección invocada, al considerar que para dar cumplimiento al fallo de tutela que protegió los derechos de la señora Fernández Gamboa, no estaba dentro del margen de maniobra de la entidad haberla vinculado en el cargo de Procuradora Judicial II en la Procuraduría 31 Delegada para Asuntos Civiles de Bogotá, pues frente a dicho cargo la accionante tenía un derecho adquirido de ser nombrada por ser la única integrante de la lista de elegibles pendiente de acceder a dicha vacante.

Inconforme con la decisión, la Procuraduría General de la Nación precisó con su impugnación que no ha vulnerado algún derecho fundamental de la demandante, puesto que no ha procedido a nombrarla ya que mediaba una razón objetiva consistente en la orden de amparo que protegió los derechos de la señora Enalba Rosa Fernández Gamboa, quien fue nombrada provisionalmente en el cargo que aspira aquella hasta que se pensione.

A su vez, la aludida tercera vinculada, señora Fernández Gamboa reiteró con su impugnación que es «madre cabeza de familia» pues tiene a su cargo a su progenitora, quien cuenta con 98 años de edad, además de su condición de prepensionada.

Para resolver los aspectos de las impugnaciones, resulta del caso hacer el siguiente análisis:

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



Este instrumento de defensa se caracteriza por tener un trámite preferente, ser residual y subsidiario, lo que permite advertir que el ejercicio de esta acción no es absoluto, sino que está limitado por las causales de improcedencia contenidas en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991⁸, entre otros motivos, la relativa a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para garantizar la protección del derecho que se alega amenazado o vulnerado.

Esta causal de improcedencia tiene una salvedad: cuando la solicitud de amparo se eleva como **mecanismo transitorio** para evitar un **perjuicio irremediable** y las circunstancias que invoca, se acrediten al menos sumariamente.

Conforme a lo anterior, la única excepción a la regla de improcedencia de la acción de tutela cuando existen otros mecanismos de defensa para obtener la protección de los derechos invocados, es la existencia de un perjuicio irremediable el cual se configura a voces de la Corte Constitucional «...cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen...»⁹. Por tanto, este perjuicio irremediable debe ser inminente o actual, y además ha de ser grave, y requerir medidas urgentes e impostergables¹⁰.

No obstante, en relación con las acciones de tutela interpuestas con ocasión de la provisión de cargos por derechos de carrera originados por concursos de méritos, la jurisprudencia

⁸ Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-636 de 2006, con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰ Los presupuestos para la configuración del perjuicio irremediable fueron delimitados por la Corte Constitucional desde la sentencia T-225 de 1993, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa. Dicha línea fue reconocida por la Sala Plena de la Corte en la sentencia C-531 de 1993. A continuación se reseña, en síntesis lo pertinente: «... son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, ... A). El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente".... || B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, ... || C). 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... || D). 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, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna... 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».



17)

constitucional ha definido un criterio más amplio para su procedencia. En tal sentido, así lo ha señalado:

«Se concluye, entonces, que no existen motivos distintos para variar la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito. Por cuanto que se garantizan no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución.»¹¹

Asimismo, en relación con la provisión de cargos de la lista de elegibles previo concurso de méritos y la protección especial de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados, la Corte Constitucional también ha considerado que estas últimas garantías deben ceder frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos¹².

Al igual, dicha Corporación se pronunció de la siguiente manera:

*«En varias oportunidades esta Corporación ha sostenido que los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos. En esta hipótesis, **la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.***

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y

¹¹ Sentencia T - 654 de 2011.

¹² Corte Constitucional en la Sentencia SU 446 de 2011.



hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.

Ha señalado igualmente la jurisprudencia de esta Corte, que si bien los actos administrativos que desvinculan a una persona nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera, requieren de su respectiva motivación para garantizar el derecho al debido proceso, esto no significa que quienes han sido nombrados en provisionalidad ostentan la misma estabilidad laboral de quien se encuentra en el sistema de carrera por haber accedido al cargo por concurso de méritos.

Sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. 'La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010...»¹³.

En relación con lo anteriormente expuesto, para el caso concreto se observa que en cumplimiento del fallo impugnado del 17 de abril de 2018, la Procuraduría General de la Nación emitió el Decreto

¹³ Sentencia T - 373 del 8 de junio de 2017.



1935 del 24 de abril de 2018, el cual fue corregido con el Decreto 1940 del 26 de abril de la misma anualidad. Con este último se dispuso la rectificación del error de digitación en la cédula de la accionante.

Con el Decreto 1935 del 24 de abril de 2018 la autoridad demandada dispuso:

i) Terminar la vinculación en provisionalidad de la señora Adriana Sanclemente Alzate en el cargo de procuradora 56 Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá, código 3PJ, grado EC (artículo primero).

ii) En su lugar, reubicó a la tercera vinculada, señora Enalba Rosa Fernández Suárez (artículo segundo).

iii) Nombró en periodo de prueba a la accionante, señora Sandra Lorena Ramírez Flórez, en el cargo de procuradora 31 Judicial II para Asuntos Civiles de Bogotá, código 3PJ, grado EC (artículo tercero), en el cual se desempeñaba la señora Fernández Suárez en virtud de una orden de amparo emitida por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

De lo anterior, se advierte que con la expedición del acto administrativo que dispuso para la actora su nombramiento en periodo de prueba para el cargo al cual concursó y para el que se emitió la respectiva lista de elegibles, próxima a vencer y, a su vez, se reubicó a la tercera vinculada por encontrarse en una condición de estabilidad laboral reforzada, por ser prepensionada.

Así las cosas, lo que se advierte es que la autoridad demandada con ocasión del cumplimiento del fallo impugnado aplicó acciones afirmativas no solo en favor de la accionante, frente a la que se predicaban derechos ciertos de carrera, sino de la tercera vinculada, para la cual mediaba una orden de amparo que protegió sus garantías constitucionales en calidad de sujeto de especial protección.

Por tanto, lo que se observa es que como para el caso concreto surgió en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la



lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección, la autoridad demandada debía garantizar los derechos que por mérito adquirió la accionante y propender por la adopción de medidas afirmativas para materializar los derechos en tensión; sin embargo, ello solo ocurrió con posterioridad al fallo impugnado.

De manera que, por encabezar la lista de elegibles del mencionado concurso, luego de proveerse los 11 primeros cargos vacantes de los 12 convocados, la accionante tenía un derecho preferente respecto a quienes no participaron en el mismo, pues la probabilidad de ser nombrada dejó ser una simple expectativa para constituirse en un derecho adquirido, el cual no podía desconocer la entidad demandada, bajo la «razón objetiva» que, a su juicio, impedía su nombramiento.

En consecuencia, se confirmará el fallo impugnado, en la medida de que la satisfacción de las pretensiones del escrito de tutela correspondió al cumplimiento de la sentencia de primera instancia, tal como quedó antes enunciado, orden de amparo sin la cual persistiría la amenaza de los derechos fundamentales de la demandante, pues la referida lista de elegibles está próxima a vencer.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Negar la solicitud de desvinculación de la señora Enalba Rosa Fernández Gamboa, por las razones expuestas.

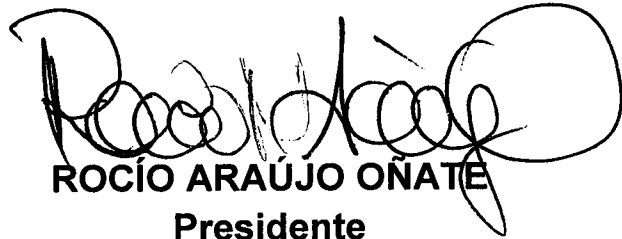
SEGUNDO: Confirmarse el fallo impugnado del 17 de abril de 2018, proferido por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo del Quindío, que accedió al amparo solicitado, de conformidad con las razones expuestas.




TERCERO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



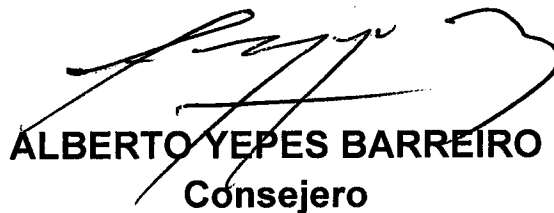
ROCÍO ARAUJO OÑATE
Presidente



LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera



CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero



ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

