

TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO – Procedente para evitar un perjuicio irremediable / DERECHO DE IGUALDAD – Protección a personas en circunstancias de debilidad manifiesta

Por mandato constitucional (C.N. art. 86), la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales, sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, a no ser que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...) En el caso concreto, el otro medio de defensa judicial con que cuenta el actor para la protección de sus derechos no es idóneo ni eficaz y es evidente el perjuicio irremediable que se le causaría al no entrar al estudio de fondo de la acción y en su lugar someterlo al adelantamiento de un proceso ordinario. Lo anterior por cuanto de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado tiene la obligación de buscar las condiciones necesarias para que el derecho a la igualdad sea efectivo, protegiendo especialmente a “aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” En las anteriores condiciones y probado como se encuentra el estado de salud del actor, su situación económica, la dependencia de su hija y madre, quienes al igual que el actor igualmente se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, por la edad, la primera, y por sus condiciones de salud el actor y su señora madre, las cuales los hacen sujetos de especial atención y cuidado por parte del Estado, en cumplimiento de claros mandatos constitucionales, se entra al estudio de la situación laboral del actor, con el fin de establecer la posible vulneración de sus derechos.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la protección a personas en circunstancias de debilidad manifiesta: Corte Constitucional, sentencia T-341 de 2009, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

CONCURSO DE MERITOS FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Cargos convocados / FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Programa de reducción de planta de personal / CONCURSO DE MERITOS FISCALIA GENERAL DE LA NACION - No puede extenderse a cargos no ofertados en las convocatorias. Se agota al nombrarse los cargos objeto de las convocatorias

Mediante Convocatoria N° 001 de 2007, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera, en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 60 de la Ley 938 de 2004, llamó a concurso público para proveer 744 cargos a nivel nacional de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos. Durante la época de la convocatoria (septiembre de 2007) se encontraba vigente un programa de reducción gradual de la planta de personal, que obligaba a la entidad a sacar a concurso sólo los cargos con los que contaría definitivamente, es decir, únicamente convocó para el número de cargos proyectados al finalizar la reducción. (Artículo 78 y transitorio 1° de la Ley 938 de 2004). En virtud de la expedición del Decreto 122 de 2008 que modificó la planta de personal de la entidad, creando algunos cargos transitorios y otros definitivos, el programa de reducción de planta se suspendió, pues el mencionado decreto derogó la norma que lo consagraba. Para enero de 2008, no era posible modificar las convocatorias que ya habían sido publicadas, razón por la que quedaron muchos cargos por fuera del concurso. (...) La Comisión Nacional de Carrera Administrativa de la Fiscalía General de la Nación, el 9 de septiembre de 2007, incluyó dentro del concurso de méritos, diferentes cargos y en lo que interesa al presente asunto en la convocatoria pública abierta No. 001-2007, se encuentra el de los Fiscales Delegados ante los Jueces Municipales y Promiscuos (744 cargos), los cuales se

encontraban ocupados en provisionalidad. Como prueba, se adjuntó un informe de la Fiscalía General de la Nación, sobre el total de los cargos convocados, el cual muestra que los cargos de delegados ante Jueces Penales y Promiscuos Municipales que se tenían que proveer mediante concurso eran 744 y ante la existencia de otras vacantes en los mismos, la entidad no podía extender los alcances de la Convocatoria 001-2007. Con el registro de elegibles se termina el concurso de méritos, el cual estaba regulado por las normas que contienen las convocatorias 01 a 06 de 2007. En ellas, el número de cargos estaba determinado, pues es a partir de tal acto que se procede a efectuar la provisión de las vacantes para las que se realizó el concurso, es decir, si de esos 744 cargos provistos mediante concurso se originan vacantes, se debe recurrir registro de elegibles constituido para proveer las mismas. Al haberse efectuado por parte de la entidad demandada la provisión de los 744 cargos de Fiscales Delegados ante los Jueces Municipales y Promiscuos que fueron objeto de la convocatoria N° 001-2007, (ver cuadro de folio 19) se agotó el concurso y por esa razón no podía la entidad designar otras personas para proveer los cargos que se encontraban vacantes en la entidad, pues el concurso había culminado y el registro sólo podía suplir las vacantes de los 744 cargos que fueron materia de la convocatoria y como se vió para agosto de 2010 ya se habían efectuado 1020 nombramientos. Lo antes dicho lleva a afirmar que respecto de los demás cargos no existe concurso y por esa razón es que la entidad debía designar sólo a los registrados ubicados en los primeros lugares hasta completar las 744 vacantes materia de la convocatoria. En ese orden de ideas, la Sala considera que el actor por ser sujeto de especial protección, puede reclamar un trato preferente frente a los demás funcionarios en provisionalidad cuyos nombramientos pueden terminarse en virtud de la implementación del sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación, con el fin de procurar la protección de sus derechos a la igualdad, el mínimo vital y la salud.

FUENTE FORMAL: LEY 938 DE 2004 - ARTICULO 78 / LEY 938 DE 2004 - ARTICULO TRANSITORIO 1 / DECRETO 122 DE 2008

NOTA DE RELATORIA: Sobre el concurso de méritos en la Fiscalía General de la Nación: Corte Suprema de Justicia, sentencia de 4 de febrero de 2010, Rad. T-45366.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 25000-23-15-000-2010-02721-01(AC)

Actor: GUILLERMO ALFONSO BUCHELLI PABON

Demandado: NACION, FISCALIA GENERAL DE LA NACION, COMISION NACIONAL DE ADMINSITRACION DE LA CARRERA

Decide la Sala la impugnación formulada contra la sentencia de 16 de septiembre de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

El señor Guillermo Alfonso Buchelli Pabón, presentó acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación – Comisión de Carrera, con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral, igualdad, seguridad jurídica y debido proceso administrativo, en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas y justas, seguridad social, mínimo vital y salud, amenazados por la entidad demandada.

- **Pretensiones de la acción**

Las concreta así:

“1.- Que quede sin efectos la resolución 1280 de fecha 10 de junio del 2010 por medio de la cual se dio por terminado automáticamente y de forma unilateral mi nombramiento en provisionalidad como Fiscal Delegado ante los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales de Soacha Cundinamarca.

2.- Que se me devuelva mi estatus laboral como Fiscal Delegado ante los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales de la Seccional de Fiscalías de Cundinamarca (Soacha) cargo que vengo desempeñando hasta la fecha o se me ubique en cargo similar o de mejor rango para evitar un perjuicio grave e inminente e irremediable que sobreviene a consecuencia del despido dada mi condición de discapacidad por enfermedad grave.

3.- Que se respeten los parámetros fijados y las reglas del concurso de méritos y se me permita continuar en mi cargo en calidad de provisional hasta tanto mi discapacidad lo amerite y hasta cuando se promueva un nuevo concurso.

4.- Que como medida preventiva se oficie al señor Fiscal General de la Nación Dr. GUILLERMO MENDOZA DIAGO a fin de que se abstenga de efectuar nombramiento en el cargo que desempeño como FISCAL DELEGADO ANTE LOS JUECES PENALES Y PROMISCUOS MUNICIPALES DE LA DIRECCIÓN SECCIONAL DE FISCALÍAS DE CUNDINAMARCA.

5.- Que por parte de ese Honorable Tribunal se ampare los derechos fundamentales al **trabajo, estabilidad laboral,**

igualdad, seguridad jurídica y debido proceso, derecho a la vida en condiciones justas, derecho a la seguridad social y a la salud amenazados por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por cuanto ante los mismos hechos, hay que aplicar el mismo derecho, ya que la violación de la jurisprudencia constituye vía de hecho. En consideración a lo que ya expuesto (sic) pues tales garantías me fueron vulneradas y actualmente mi condición laboral se encuentra altamente amenazada y hasta tanto se unifique criterio en ese sentido por las altas cortes. Soporto mi petición atendiendo lo manifestado por el Consejo de Estado, entre tantas decisiones, en aquella del 5 de agosto último donde para un caso de idénticos matices al mío, confirmó lo decidido por el Tribunal Administrativo del Caquetá, amparando los derechos de mi colega, Fiscal Delegado de Florencia MARIO ENRIQUE AFANADOR ARMENTA, sentencia que se anexa a esta solicitud de tutela.

Propende esta acción de tutela por mi estabilidad laboral y económica en beneficio mío, el de mi esposa, mis hijas y de mi señora madre, y conservar mi cargo actual, el cual vengo desempeñando en provisionalidad, por cumplir así los requisitos de ley, pero debido a la falta de unidad de criterio en la Corte Suprema de Justicia, en este preciso momento mi cargo se ve amenazado con la decisión del FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN.”

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones se resumen así:

El 10 de junio de 2010, la Fiscalía General de la Nación expidió la Resolución N° 1280, mediante la cual dio por terminado su nombramiento en provisionalidad como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales y Promiscuos Municipales de Soacha (Cundinamarca).

No obstante, se encuentra cumpliendo sus funciones ya que no se ha presentado o no ha sido nombrada la persona asignada para ocupar el cargo.

Actualmente tiene 56 años y ha prestado sus servicios sin ningún inconveniente por más de 11 años en diferentes cargos, 5 de ellos en la Fiscalía, siendo el último el de Fiscal Delegado ante los Juzgados Promiscuos y Penales Municipales de Soacha Cundinamarca, según Resolución N° 0-6087 de 1° de octubre de 2008.

El salario que devenga constituye su única fuente de ingresos para atender sus necesidades y las de su familia entre ellas su progenitora que padece de artritis

reumatoide degenerativa y requiere medicamentos que no están incluidos en el POS.

Además, al actor le fue diagnosticado cáncer de colon fase 4, enfermedad que ha sido tratada por los médicos de la EPS Cafesalud y sometido a controles cada 3 meses.

Bajo la gravedad de juramento sostiene que carece de los medios económicos necesarios para afrontar los gastos que demanda la enfermedad, como quiera que los medicamentos son costosos, debe acudir a la EPS para que atienda su padecimiento que con el tiempo se torna en degenerativo y terminal.

Por su salud, es obvio que no le han permitido acceder a un cargo en ninguna entidad pública o privada.

Si llegara a ocurrir su desvinculación le sería imposible atender los gastos que le ocasiona la enfermedad con las consecuencias que ello traería para su familia, pues está en juego la estabilidad económica, emocional y psíquica, toda vez que no podría continuar con los controles y el suministro de medicamentos y mucho menos los servicios básicos del hogar y el sostenimiento de sus 2 hijas.

Como hechos significativos de su despido, además de que está copado el límite de cargos ofertados por la Fiscalía General de la Nación en la convocatoria para Fiscales Delegados ante los Jueces Penales y Promiscuos Municipales, señaló:

La Fiscalía General de la Nación, adelantó las convocatorias públicas para proveer cargos de carrera administrativa en la entidad, fijando para el efecto las reglas del concurso público.

Dichas reglas, en relación con los Fiscales Delegados ante los Jueces Penales y Promiscuos Municipales, dispusieron que con él, se pretendía llenar 744 cargos a nivel nacional, esto es, cada uno de los participantes aceptó competir por una de las 744 plazas convocadas.

Si bien la Fiscalía cuenta con una carrera administrativa especial, a ella se aplican en forma complementaria las disposiciones del sistema general de carrera

contenida en la Ley 909 de 2004, pues las inspiran los mismos principios generales.

Con base en algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, contrarios a otros proferidos por otro sector de la misma Sala, se pretende modificar las reglas del concurso para extender la aplicación de la lista de elegibles a un número mayor de empleos de los convocados.

Ostenta en la actualidad el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales y Promiscuos Municipales de la Fiscalía Seccional de Cundinamarca en nombramiento Provisional y ha ocupado los cargos de Asistente de Fiscal III y Fiscal Seccional Encargado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

*** Fiscalía General de la Nación**

El apoderado de la entidad precisó que la terminación de nombramiento en provisionalidad del actor, obedece a la implementación del sistema de carrera en la entidad, y al cumplimiento de diferentes fallos judiciales que así lo ordenan.

La Fiscalía General de la Nación en estricto cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales pertinentes, de las órdenes que sobre el sistema de carrera ha impartido la Corte Constitucional y de las metas trazadas en el direccionamiento estratégico institucional para el periodo 2005-2009, el 9 de septiembre de 2007 convocó a concurso de méritos diversos cargos del área de Fiscalías, a través de estas convocatorias:

Convocatoria	Denominación del cargo
001-2007	Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos
002-2007	Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito
003-2007	Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito Especializado
004-2007	Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito
005-2007	Asistente de Fiscal I, II, III, IV
006-2007	Asistente Judicial IV

La planta a tener en cuenta para efectos de las convocatorias, según lo informado por la Oficina de Personal, fue determinada por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera en sesión del 14 de febrero de 2007. Para tal efecto se tuvo en cuenta la disponibilidad de la planta al momento de la expedición y publicación de las mismas, es decir, 9 de septiembre de 2007, sin contar con las modificaciones hechas por el Gobierno Nacional a la Planta mediante el Decreto 122 de 16 de enero de 2008, el cual no puede tener efecto retroactivo.

Para el momento de la expedición de las convocatorias se tenía previsto un desmonte gradual de cargos de la Planta de la Fiscalía General de la Nación previsto en la Ley 938 de 2004, en concordancia con el artículo 7° de la Ley 1024 de 2006.

Esa norma estableció que la Fiscalía tendría la misma planta de personal vigente para el año 2005 y suspendió por 5 años la aplicación de los artículos 78 y los transitorios 1° y 2° de la Ley 938 de 2004. Previó además, que una vez vencido el término de suspensión, la adecuación de la planta de personal de la entidad se haría en forma gradual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo transitorio 1° de la Ley 938 de 2004, hasta llegar a la planta contemplada en el artículo 78 ibidem.

Los cargos creados en el Decreto 122 de 2008, no están sometidos a concurso, pues el artículo 7° del Acuerdo 001 de 2006, dispone que las bases y reglas de la convocatoria no podrán ser modificadas una vez se inicie la etapa de la inscripción de los aspirantes, salvo aquellas que se refieren al sitio y término para la recepción de las inscripciones y a la fecha, hora y lugar en que se llevaron a cabo las pruebas.

La Fiscalía al desvincular al actor del cargo que ocupa, con el fin de nombrar a quien se encuentra en turno en el registro de elegibles para ese cargo, no vulnera derechos fundamentales, pues la Corte Constitucional ha señalado que esta es una justa causa para su desvinculación y que ni siquiera es necesario motivar dicho acto cuando se trata de esta situación particular.

Adicionalmente se cuenta con el registro de elegibles para proveerlo en caso de que no se logre definitivamente la vinculación de la persona que lo obtuvo

inicialmente. En todo caso no sería posible jurídicamente que se nombrara a alguien en provisionalidad ya que el mismo fue ofertado para concurso de méritos y por lo mismo no es posible reintegrar al funcionario.

Por las razones que anteceden, debe declararse improcedente la acción de tutela. Si la misma decide acoger las pretensiones del actor, se estaría emitiendo una decisión que ubicaría a la entidad en una situación en la que sería imposible cumplir los fallos de la Corte Suprema de Justicia y Constitucional, que ordenan culminar con la implementación del sistema de carrera, pues cada desvinculación sería sometida al juez de tutela para que entre a establecer si era procedente o no desvincular al servidor y a cuestionar porqué se desvincula a un funcionario provisional y no a otro.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la providencia impugnada negó la protección de los derechos invocados en la presente acción de tutela.

Para adoptar tal decisión, precisó que frente al nombramiento de las personas que hacen parte del registro de elegibles, existen distintos pronunciamientos proferidos en sede de tutela por la Corte Suprema de Justicia, cuya aplicación no se puede controvertir a través de una nueva tutela, toda vez que el cumplimiento de los fallos proferidos debe tramitarse por el Juez Constitucional y sólo la Corte Constitucional por vía de revisión puede afectarlos.

Hizo énfasis en que no desconoce la sentencia reciente del Consejo de Estado en la que se llegó a una conclusión diferente y se concedió el amparo solicitado, pues el argumento que se tuvo en cuenta fue que la Fiscalía no debe proveer los cargos de carrera excediendo el número de cargos ofertados por el concurso, hasta tanto se surta un nuevo concurso o se presenten circunstancias que ameriten su remoción por otra causa.

En el presente asunto, la situación es diferente, porque la Fiscalía General de la Nación profirió la Resolución N° 0-1280, por la necesidad de nombrar en periodo de prueba a varias personas con el fin de proveer los 744 cargos convocados a concurso, sin que se haya acreditado en el presente trámite que dicho número se excedió.

Como prueba de tal afirmación, alude al documento que allegó la Fiscalía en el que se evidencia que para el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos se convocó a 744 cargos, de los cuales se han efectuado 276 nombramientos, mientras que se han revocado 218 en periodo de prueba, con corte a la misma fecha, lo cual implica que no se ha excedido el número previsto para la convocatoria.

No obstante que el actor se encuentra en una situación particular por la afectación de su estado de salud, dicha situación por sí misma no permite desconocer la existencia de una lista de elegibles que en este caso se ha producido para dar cumplimiento a los principios que rigen la función pública, tales como imparcialidad, mérito y derecho al acceso a cargos públicos que tienen prevalencia general para posibilitar el cumplimiento de los fines del concurso de méritos, de tal forma que la sola situación de salud del actor y de su madre no son una causa para determinar la inaplicación de las reglas del concurso para desplazar a quienes han sido seleccionados bajo criterios objetivos.

No se vulnera el derecho al trabajo, la estabilidad laboral, ni el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, por el hecho de que el cargo que el demandante ejerce en provisionalidad se provea mediante concurso, pues precisamente ese es el fundamento de la figura en la que está nombrado, prevista en el artículo 78 de la Ley 938 de 2004.

El nombramiento de la persona en un cargo de carrera, que produzca el retiro del servidor que lo ejerce en provisionalidad, obedece a principios constitucionales fundados en los fines del Estado, tales como los desarrollados en el artículo 125 de la Constitución Política.

La situación del actor, mantenida en el tiempo durante 5 años, no le otorga por sí misma el derecho a la estabilidad que reclama, cuando en la actualidad hay un registro de elegibles que fue resultado de un concurso de méritos y esa situación garantiza los principios de ingreso por méritos a la función pública, imparcialidad y el derecho a la igualdad de los concursantes, conforme a los artículos 125 y 25 de la Constitución Política.

Tampoco encontró vulneración del derecho a la igualdad, toda vez que la entidad demandada está dando cumplimiento al sistema de concurso para todas las personas que integran el registro de elegibles y conforme a los parámetros que en cada caso han dispuesto los jueces constitucionales.

De accederse a la solicitud del actor en el sentido de ordenar su permanencia en el cargo, se vulneraría el derecho de ingreso a la función pública de quienes tengan el derecho a ser nombrados, habiendo cumplido las reglas del concurso y superado sus etapas, situación que no tiene las mismas características que la provisionalidad del actor, para efectos de invocar un trato igualitario.

En conclusión, la Fiscalía General de la Nación no ha amenazado los derechos fundamentales aducidos por el actor y para lo pretendido, es decir, a cuestionar los fallos de tutela proferidos por la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, la competencia debe ser ejercida exclusivamente por la Corte Constitucional en caso que decida revisarlos.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, el actor la impugnó.

Manifestó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela es viable, cuando se logra demostrar “que la afectación de un derecho sin rango fundamental afecta a uno que sí lo tiene de manera tal que la prerrogativa de permanecer en un cargo determinado eventualmente puede llegar a vulnerar un derecho fundamental dependiendo de las circunstancias particulares del caso.”

En la actualidad tiene 56 años de edad y el salario es su única fuente de ingresos para atender las necesidades y las de su familia entre ellas las de su progenitora que es una persona discapacitada que requiere medicamentos que no están incluidos en el POS.

Afirma que el Juez de Primera Instancia no tuvo en cuenta la circunstancia especial que rodea este asunto, pues es una persona discapacitada por la enfermedad que padece, que si bien está sometida a controles periódicos, se

limita para el desempeño de sus labores, en consideración a que necesita la prestación constante de servicios médicos asistenciales.

Expuso un razonamiento limitado y genérico sobre la violación al debido proceso relacionado con el nombramiento de Fiscales Delegados ante los Jueces Penales Municipales una vez agotada la lista de elegibles ofertados por la Fiscalía General de la Nación, aduciendo que éste se había hecho dentro de los parámetros legales y en obediencia a acciones de tutela legalmente resueltas por los altos tribunales. Dicha situación la desconoce y no se opone ni la cuestiona, así como tampoco desconoce el derecho que tienen aquellos que concursaron y aprobaron. Sólo quiere reseñar que hay disparidad de criterios entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que una vez cubiertos los cargos ofertados no procedía continuar nombrando la totalidad de quienes aprobaron el concurso para esa convocatoria desplazando a quienes se encuentran en provisionalidad bajo el criterio que se debe acabar con tal figura.

No se consideró el perjuicio irremediable que acarrea perder el empleo, pues no se realizó un juicio de su derecho a la vida a la seguridad social, salud y al mínimo vital, toda vez que si bien ostenta un cargo en provisionalidad, también lo es que el mínimo vital y la salud están en grave riesgo, por lo cual se causa un perjuicio irremediable por ser una persona discapacitada por la enfermedad que padece como quiera que tiene una patología degenerativa que conlleva a un estado terminal grave que requiere quimioterapia y radioterapia, situación que como lo ha reiterado la Corte, lo pone en una debilidad manifiesta que se agravaría frente a su situación económica, en caso de una desvinculación laboral.

Para resolver se,

CONSIDERA

El señor GUILLERMO ALFONSO BUCHELLI PABON, estima que la Fiscalía General de la Nación con la expedición de la Resolución No. 1280 de 10 de junio de 2010, por medio de la cual dio por terminado en forma unilateral su nombramiento en el cargo que venía desempeñando con carácter provisional (Fiscal Delegado ante los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales de Soacha -Cundinamarca), amenaza sus derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral, igualdad, seguridad jurídica y debido proceso administrativo en conexidad

con el derecho a la vida en condiciones dignas y justas, seguridad social, mínimo vital y salud, dada su condición de discapacitado por enfermedad grave. Su retiro del servicio en esas circunstancias le puede ocasionar un perjuicio grave, inminente e irremediable.

Sustenta el amparo impetrado en que (lo afirma bajo la gravedad del juramento), su única fuente de ingresos es su salario, el cual se constituye en el medio de subsistencia no sólo personal sino también de su familia, comprendida su anciana madre quien padece de artritis reumatoide degenerativa, la cual requiere de medicamentos que no están incluidos en el POS.

Señala asimismo, que está afectado de cáncer colon - fase 4-, ha sido atendido por la EPS CAFESALUD y sometido a control cada tres (3) meses, los medicamentos son costosos y su padecimiento con el tiempo se torna degenerativo y terminal.

Por la situación descrita, dice, no le han permitido acceder a un cargo público o privado.

Para adoptar la decisión a que haya lugar, son indispensables estas precisiones:

Se pone de presente, en primer término, que por mandato constitucional (C.N. art. 86), la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales, sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, a no ser que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Obedece la aclaración a que, la Resolución No. 1280 de 10 de junio de 2010 mediante la cual la Fiscalía General de la Nación dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, es susceptible de la acción contencioso administrativa correspondiente. No obstante, dada la situación denunciada que sirve de sustento al actor para instaurar la acción de tutela, se advierte que, **de resultar comprobada**, el otro medio de defensa judicial resultaría a todas luces ineficaz. Como lo ha expuesto la Corte Constitucional:

... el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 debe poseer necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos

constitucionales fundamentales que, por su naturaleza, tiene la acción de tutela. De no ser así, se estaría haciendo simplemente una burda y mecánica exégesis de la norma, en abierta contradicción con los principios vigentes en materia de efectividad de los derechos y con desconocimiento absoluto del querer expreso del Constituyente. (Sentencia T-414 de 1992).

Es decir, que si bien el actor en principio cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el acto administrativo que ordenó la terminación de su nombramiento, dicho mecanismo de defensa no le permitiría de forma inmediata y eficaz, la protección de los derechos fundamentales ya invocados, por tanto, la acción de tutela sería procedente.

En orden a determinar si para el examen y decisión en relación con la situación del actor, procede la acción interpuesta, aportó al expediente copia de la historia clínica, con la cual comprueba sus afirmaciones.

En efecto, en dicho documento se observa que es un paciente con carcinoma de colon diagnosticado en julio de 2006, tratado con cirugía (hemicolectomía izquierda) y posteriormente quimioterapia con adecuada respuesta y quien desde tal fecha, se encuentra en controles cada 3 meses.

Así mismo, que en examen que le fuera practicado el 24 de agosto del presente año, se le diagnosticó la presencia de una lesión hipercaptante en gammagrafía ósea a nivel de región temporal derecha.

Dichos escritos demuestran que ante la gravedad de la enfermedad que lo aqueja, es necesario un control médico permanente y el suministro de medicamentos que le ayuden a controlarla, ante la posibilidad de recurrencia de la misma.

Así mismo, a folios 404 y 405, obra el registro de nacimiento de una de sus hijas, quien en la actualidad es menor de edad y copia de una historia por consulta externa a la señora MARTHA LEONOR PABÓN DE BUCHELLI, según la cual, se encuentra inmovilizada en silla de ruedas, con severa deformidad en las extremidades por artritis.

En consecuencia, el otro medio de defensa judicial con que cuenta el actor para la protección de sus derechos no es idóneo ni eficaz y es evidente el perjuicio

irremediable que se le causaría al no entrar al estudio de fondo de la acción y en su lugar someterlo al adelantamiento de un proceso ordinario.

Lo anterior por cuanto de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado tiene la obligación de buscar las condiciones necesarias para que el derecho a la igualdad sea efectivo, protegiendo especialmente a “aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Sobre las personas merecedoras de esta protección, la Corte Constitucional en sentencia T-341 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, consideró:

“4.1. Aunque esta corporación acepta que el concepto de discapacidad no ha tenido un desarrollo pacífico¹, ha concluido que en materia laboral “la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados²”.

Bajo tal supuesto, el amparo cobija a quienes sufren una disminución que les dificulta o impide el desempeño normal de sus funciones, por padecer i) deficiencia entendida como una pérdida o anormalidad permanente o transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica de estructura o función; ii) discapacidad, esto es, cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionado por un desmedro en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano; o, iii) minusvalidez, que constituye una desventaja humana, al limitar o impedir el cumplimiento de una función que es normal para la persona, acorde con la edad, sexo o factores sociales o culturales³.”

En las anteriores condiciones y probado como se encuentra el estado de salud de GUILLERMO ALFONSO BUCHELLI PABÓN, su situación económica, la dependencia de su hija y madre, quienes al igual que el actor igualmente se

¹ En la sentencia T-198 de 2006, la corporación adelantó un estudio detallado de los conceptos de deficiencia, discapacidad y minusvalidez, con fundamento en las normas internacionales, la preceptiva nacional y los antecedentes jurisprudenciales.

² T-1040 de septiembre 27 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil

³ Cfr. T-196/06 previamente citada

encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, por la edad, la primera, y por sus condiciones de salud el actor y su señora madre, las cuales los hacen sujetos de especial atención y cuidado por parte del Estado, en cumplimiento de claros mandatos constitucionales, se entra al estudio de la situación laboral del actor, con el fin de establecer la posible vulneración de sus derechos.

Aclarado lo anterior, se tiene lo siguiente:

En relación con el cargo que ocupa en provisionalidad el actor, los hechos que rodearon el concurso y la expedición del acto de retiro, se allegaron las pruebas que a continuación se relacionan:

- Copia de la hoja de vida.
- Resolución N° 0-6087 de 1° de octubre de 2008, mediante la cual el Fiscal General de la Nación efectuó el nombramiento en provisionalidad del señor Buchelli Pabón como Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cundinamarca y acta de posesión.
- A folios 132 y siguientes, obra la Resolución 1280 de 10 de junio de 2010, por medio de la cual se dan por terminados unos nombramientos en provisionalidad y se efectúan otros en periodo de prueba por concurso del año 2007.
- Convocatoria N° 001-2007 expedida por la Comisión Nacional de la Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación, para proveer los cargos de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos.
- Acuerdo 007 de 24 de noviembre de 2008, mediante el cual se conformó el registro definitivo de elegibles para la provisión de los cargos de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos, Delegados ante los Jueces del Circuito, Delegados ante Jueces Penales del Circuito Especializado, ante Tribunal de Distrito y Asistentes judiciales y de Fiscales.

El material probatorio relacionado, da cuenta de lo siguiente:

Mediante Convocatoria N° **001 de 2007**, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera, en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 60 de la Ley

938 de 2004, llamó a concurso público para proveer 744 cargos a nivel nacional de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos.

Durante la época de la convocatoria (septiembre de 2007) se encontraba vigente un programa de reducción gradual de la planta de personal, que obligaba a la entidad a sacar a concurso sólo los cargos con los que contaría definitivamente, es decir, únicamente convocó para el número de cargos proyectados al finalizar la reducción. (Artículo 78 y transitorio 1° de la Ley 938 de 2004).

En virtud de la expedición del Decreto 122 de 2008 que modificó la planta de personal de la entidad, creando algunos cargos transitorios y otros definitivos, el programa de reducción de planta se suspendió, pues el mencionado decreto derogó la norma que lo consagraba.

Para enero de 2008, no era posible modificar las convocatorias que ya habían sido publicadas, razón por la que quedaron muchos cargos por fuera del concurso.

El concurso de méritos que adelantó la Fiscalía General de la Nación, tiene su fundamento en los artículos 125 y 253 de la Constitución Política, mediante los cuales se dispone que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como el funcionamiento e ingreso a dicha entidad.

La Ley 938 de 2004, por medio de la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, en cuanto a las normas de carrera dispone textualmente:

Art. 62: La convocatoria. Es norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección y se divulgará conforme lo establezca el reglamento que expida la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación. Se hará en forma periódica cada dos (2) años o cuando el Registro de Elegibles se agote.

Art. 63. Lista de candidatos. Con base en los resultados del proceso de selección se conformará una lista de los candidatos que podrán presentar concurso.

Art. 64. Durante el tiempo al que se refiere el artículo anterior, no se podrá realizar proceso de selección **para proveer cargos para los cuales se conformó la lista. La provisión de estos deberá realizarse con las personas que figuren en la misma.** (Se resalta)

Art. 65. El concurso. Tendrá por objeto evaluar y calificar las aptitudes, capacidades, conocimientos, habilidades y experiencias de los candidatos, de acuerdo con el perfil, los requisitos y las funciones, teniendo en cuenta la valoración objetiva y ponderada de la formación académica, los antecedentes y la experiencia laboral cualificada y relacionada que demuestren los candidatos, con arreglo al reglamento que para tal efecto expida la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación.

Por su parte, el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, que consagra el sistema general de carrera prevé:

“Listas de elegibles: Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. **Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.”.**

Es así como la Comisión Nacional de Carrera Administrativa de la Fiscalía General de la Nación, el 9 de septiembre de 2007, incluyó dentro del concurso de méritos, diferentes cargos y en lo que interesa al presente asunto en la convocatoria pública abierta No. 001-2007, se encuentra el de los Fiscales Delegados ante los Jueces Municipales y Promiscuos (744 cargos), los cuales se encontraban ocupados en provisionalidad.

Como prueba, se adjuntó a folio 363, un informe de la Fiscalía General de la Nación, sobre el total de los cargos convocados, los cuales relaciona así:

	TOTAL CARGOS CONVOCADOS A CONCURSO	REVOCATORIAS DE NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA CON CORTE AGOSTO 31/	NOMBRAMIENTOS EFECTUADOS DESPUES DE LOS CONVOCADOS A AGOSTO 31/2010	NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES SEGÚN LISTADO ELEGIBLES A AGOSTO 31/2010
--	------------------------------------	------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------

		2010		
ASISTENTE DE FISCAL I	610	157	163	773
ASISTENTE DE FISCAL II	819	142	192	1011
ASISTENTE DE FISCAL III	530	143	94	624
ASISTENTE DE FISCAL IV	288	73	52	340
ASISTENTE JUDICIAL IV	624	207	91	715
FISCAL DELEGADO ANTE JUECES MUNICIPALES Y PROMISCUOS	744	218	276	1020
FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DEL CIRCUITO	732	167	229	961
FISCAL DELEGADO ANTE JUECES ESPECIALIZADOS	298	119	135	433
FISCAL DELEGADO ANTE TRIBUNAL DE DISTRITO	52	12	43	95
TOTAL	4697	1238	1275	5972

El cuadro transcrito muestra que los cargos de delegados ante Jueces Penales y Promiscuos Municipales que se tenían que proveer mediante concurso eran 744 y ante la existencia de otras vacantes en los mismos, la entidad no podía extender los alcances de la Convocatoria 001-2007.

Con el registro de elegibles se termina el concurso de méritos, el cual estaba regulado por las normas que contienen las convocatorias 01 a 06 de 2007. En ellas, el número de cargos estaba determinado, pues es a partir de tal acto que se procede a efectuar la provisión de las vacantes para las que se realizó el concurso, es decir, si de esos 744 cargos provistos mediante concurso se originan vacantes, se debe recurrir registro de elegibles constituido para proveer las mismas.

Al haberse efectuado por parte de la entidad demandada la provisión de los 744 cargos de Fiscales Delegados ante los Jueces Municipales y Promiscuos que fueron objeto de la convocatoria N° 001-2007, (ver cuadro de folio 19) se agotó el concurso y por esa razón no podía la entidad designar otras personas para proveer los cargos que se encontraban vacantes en la entidad, pues el concurso había culminado y el registro sólo podía suplir las vacantes de los 744 cargos que fueron materia de la convocatoria y como se vió para agosto de 2010 ya se habían efectuado 1020 nombramientos.

Lo antes dicho lleva a afirmar que respecto de los demás cargos no existe concurso y por esa razón es que la entidad debía designar sólo a los registrados ubicados en los primeros lugares hasta completar las 744 vacantes materia de la convocatoria.

De otro lado y en lo que tiene que ver con la supuesta contradicción que existe entre los fallos proferidos por las altas Cortes, se precisa:

No cabe duda del alcance que el Fiscal General de la Nación le ha dado a las providencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia, pues, en escrito de 17 de febrero de 2010, solicitó aclaración respecto del contenido del fallo de tutela con número de radicación T-45366 del 4 del mismo mes y año. En él expresó, que en los considerandos de dicha decisión se plasmó que los cargos a proveer con el registro de elegibles serían todos los correspondientes a la planta de personal de la entidad y no sólo los que fueran materia de las señaladas convocatorias.

Precisó que la manera como la entidad determinó el número de los cargos sometidos a concurso en 2007 no fue caprichosa, pues tuvo en cuenta la planta definitiva al momento de la publicación de las convocatorias.

Bajo ese entendido dijo que: “pretender extender los efectos del registro de elegibles a los demás cargos vacantes de la entidad (ocupados en provisionalidad) implicaría desconocer el derecho a la igualdad y de acceso a cargos públicos de las personas que ingresaron en virtud de la reestructuración establecida por el Decreto Ley 122 y que no tuvieron la oportunidad jurídica participar en el proceso de selección respecto al cargo que entraron a ocupar, pues, se reitera, estos cargos no fueron ofertados porque no existían para la fecha o estaban llamados a desaparecer”.

Al respecto, la Corte contestó:

“De otra parte, **también depreca el petente que se aclaren los términos de algunas consideraciones de la providencia, concretamente lo que atañe a “que el registro definitivo de elegibles debe servir no sólo para proveer los cargos que fueron ofertados en las respectivas convocatorias sino también para nombrar en todos los demás que existan en la planta”**. (Se resalta)

Pues bien, en relación con el alcance de las reseñadas consideraciones expresadas en la tutela materia de aclaración, quiere ser categórica la Sala para informarle al señor Fiscal que la Corte **no emitió en ese sentido orden alguna**, como perfectamente puede comprobarse con la lectura de la parte resolutive del fallo. Lo allí escrito no tiene -hasta este momento más que el carácter de obiter dicta, dado que ni la petición de amparo comportaba un alcance de tal naturaleza (porque -por ejemplo- el accionante formara parte de la lista de elegibles pero ubicado por fuera del rango de los convocados) ni la Corte podía impartir órdenes oficiosamente con esa dimensión.

Y es que, como bien se advierte en todos los fallos de tutela dictados por esta Sala, la orden al Fiscal General es concreta y perentoria, esto es, proceder en el plazo señalado **“a culminar la aplicación del sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación, proveyendo los cargos a que se refieren las convocatorias 001-2007, 002-2007, 003-2007, 004-2007, 005-2007 y 006- 2007 con el registro de elegibles publicado mediante acuerdo 007 del 24 de noviembre de 2008...”**. (Se resalta)

Un entendido distinto como el que se le ha querido dar, vale decir, más allá de su propia teleología, nunca se ha utilizado para expresar el pensamiento de la Sala en lo que han sido los tres pronunciamientos en ese sentido (cfr Rad 45237 dic 16/09; Rad 45366 feb 4/10; Rad 46338 feb 11/10). Cosa bien distinta es que sobre el tema pueda o deba eventualmente pronunciarse la Sala en posterior ocasión.

Sencillamente lo que se consigna allí es la preocupación a futuro de la Corporación respecto de una significativa cantidad de aspirantes a funcionarios y empleados que, no obstante haber aprobado el concurso y formar parte de la lista de elegibles, podrían quedar en provisionalidad, y contar así la Fiscalía -dentro de un mismo rango o categoría de servidores- con un cierto número de funcionarios inscritos en carrera y otro tanto en calidad de provisional.”

En ese orden de ideas, la Sala considera que el actor por ser sujeto de especial protección, puede reclamar un trato preferente frente a los demás funcionarios en provisionalidad cuyos nombramientos pueden terminarse en virtud de la implementación del sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación, con el

fin de procurar la protección de sus derechos a la igualdad, el mínimo vital y la salud.

Por las razones que anteceden, se revocará la decisión del Tribunal que negó la protección de los derechos fundamentales del actor y en su lugar decretará la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, salud y mínimo vital, dejará sin efectos la Resolución N° 1280 de 10 de junio de 2010 de la Fiscalía General de la Nación, **exclusivamente**, frente a la terminación del nombramiento en provisionalidad del señor Guillermo Alfonso Buchelli Pabón como Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cundinamarca y ordenará a la entidad demandada que se abstenga de proveer el cargo del actor con personas que ingresaron al registro de elegibles en virtud de la convocatoria N° 001-2007, mientras se surte un nuevo concurso o se presentan circunstancias que ameriten la remoción del actor por cualquier otra causa.

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

FALLA

REVÓCASE la providencia impugnada, proferida el 16 de septiembre de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó la protección de los derechos invocados en la acción de tutela interpuesta por el señor Guillermo Alfonso Buchelli Pabón.

En su lugar se dispone:

1°. TUTELAR, los derechos fundamentales a la igualdad, salud y mínimo vital del señor Guillermo Alfonso Buchelli Pabón.

2°. DEJAR SIN EFECTOS la Resolución N° 1280 de 10 de junio de 2010 de la Fiscalía General de la Nación, **exclusivamente** frente a la terminación del nombramiento en provisionalidad del actor como Fiscal Delegado ante los Jueces Penales Municipales y Promiscuos.

3°. SE ORDENA a la Fiscalía General de la Nación que se abstenga de proveer el cargo del actor con personas que ingresaron al registro de elegibles conformado en virtud de la convocatoria 001-2007, mientras se surte un nuevo concurso o se presentan circunstancias que ameriten la remoción del actor por cualquier otra causa.

Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Envíese copia de este fallo al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO