

CONVOCATORIA - Es la regla general en los concursos de méritos / CONCURSO DE LA FISCALIA - Con fundamento en la listas de elegibles sólo puede proveer los cargos ofertados en las convocatorias / CONCURSO DE MERITOS FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Cargos convocados. No puede extenderse a cargos no ofertados en las convocatorias / LISTA DE ELEGIBLES - Manejo en la Fiscalía General de la Nación / FUNCIONARIO EN PROVISIONALIDAD - Al momento del retiro se debe verificar cuántos cargos iguales al que ocupaba fueron ofertados. Protección especial. Condiciones

En los casos antes descritos, teniendo en cuenta que la convocatoria es la regla del concurso de méritos, y por ende, que es vinculante para la administración como para los concursantes, esta Sección ha establecido que la Fiscalía General de la Nación a partir de las listas de elegibles conformadas en virtud del proceso de selección, sólo puede proveer el número de cargos que fue ofertado en las convocatorias realizadas, so pena de desconocer las reglas del concurso público. En consecuencia, cuando se ha verificado que el nombramiento de un funcionario en provisionalidad fue terminado para nombrar en su lugar a una persona que participó por un cargo respecto del cual se proveyeron la totalidad de las vacantes ofertadas, ha ordenado su reintegro, en tanto no puede considerarse que el retiro se produjo como consecuencia del concurso de méritos, cuanto la Fiscalía General de Nación desconoció para tal efecto las reglas del mismo. La anterior información es de significativa importancia, porque el propósito del concurso público es que en el número de cargos ofertados, se realicen nombramientos en propiedad, de carácter definitivo, y no solamente en período de prueba, transitorios o condicionados a que se supere la última etapa del concurso público; de manera tal que la entidad nominadora respetando el número de vacantes que fue objeto del proceso de selección, debe realizar los nombramientos que sean necesarios para proveer la totalidad de éstas, sobre todo cuando ha tenido que revocar algunos nombramientos porque los participantes no superaron el período de prueba. En suma, para establecer en un caso en concreto si un funcionario en provisionalidad fue o no válidamente retirado de la Fiscalía General de la Nación, debe verificarse cuántos cargos de la misma denominación al que ocupa aquél fueron objeto del proceso de selección, y sobre todo, al momento de emitirse la resolución que termina su vínculo laboral, determinar frente a tal empleo cuántos nombramientos se realizaron y cuántos se revocaron. De la orden antes descrita puede apreciarse que la Corte Constitucional le ordenó a la Fiscalía vincular a los sujetos de especial protección antes señalados, en el evento que existan vacantes en la entidad, y siempre y cuando cumplan las condiciones establecidas por el mismo fallo, por ejemplo, ser madre cabeza de familia al momento de la desvinculación y del posible nombramiento, y ser prepensionado (a quienes les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión) al 24 de noviembre de 2008, fecha para la cual se expidió el Acuerdo 007 de 2008, por el cual se conformó el registro definitivo de elegibles para la provisión de cargos de Fiscal Delegado antes Jueces Municipales y Promiscuos, Fiscal Delegado antes Jueces de Circuito, Fiscal Delegado antes Jueces Penales del Circuito Especializado, Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito, Asistentes de Fiscal I, II, III y IV y Asistente Judicial IV. Entiende la Sala que cuando la Corte Constitucional hace referencia a quienes les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión, hace alusión a las personas que en dicho período pueden cumplir la edad mínima y las semanas de cotización legalmente exigidas para adquirir el derecho a la pensión.

LISTA DE ELEGIBLES - Manejo tratándose de funcionarios en provisionalidad / MADRE CABEZA DE FAMILIA - Protección especial. Concepto. Prueba de dicha calidad / PREPENSIONADA - Requisitos para el reintegro.

Teniendo en cuenta la información antes descrita, para la fecha de emisión de la resolución que controvierte el accionante, aún no se habían proveído las 744 vacantes ofertadas de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, por cuanto de los 924 nombramientos que se habían realizado 199 fueron revocados, por lo que cuando se profirió el acto que terminó el nombramiento en provisionalidad de la accionante, se había proveído 725 vacantes de las 744 ofertadas, de manera tal que aún faltaban por proveer 19 cargos, lo que a su vez implica que la entidad accionada estaba habilitada para terminar válidamente en virtud del proceso de selección, más nombramientos en provisionalidad de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos. Añádase a lo expuesto, que mediante la resolución controvertida se realizaron 17 nombramientos para Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, el primero de los cuales se hizo en favor de la señora Dibia Olaya Zambrano, que ocupó en la lista de elegibles el puesto 925 y que fue nombrada en lugar de la peticionaria razón por la cual se constata que el nombramiento en provisionalidad de ésta se terminó para proveer las 19 vacantes que para ese entonces faltaban a fin de completar las 744 que fueron ofertadas. En suma, no se advierte que con la resolución controvertida se haya desconocido la Convocatoria 001 de 2007, en lo relativo al número de vacantes ofertadas. Respecto al segundo problema jurídico planteado, esto es, si la peticionaria es o no beneficiaria de la sentencia SU- 446 de 2011 de la Corte Constitucional, se destaca que ésta previó frente a la condición de madre (o padre) cabeza de familia, que la misma debe demostrarse en dos momentos a saber, el primero de ellos cuando se produjo el acto desvinculación, y el segundo, cuando se ordene el reintegro en virtud de la orden emitida por la referida Corporación. En el presente caso se observa, que aunque la peticionaria afirma que es madre cabeza de familia, no aporta en respaldo de tal afirmación algún elemento de juicio a partir de la cual pueda verificarse que a su cargo está la jefatura del hogar por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del padre de sus hijos, o que los demás miembros del núcleo familiar no pueden ayudarla, y muchos acredita que para el momento en que fue desvinculada ostentaba tal condición, razón por la cual no puede considerarse en esta oportunidad, que es una de las personas beneficiadas con la sentencia SU-446 de 2011 de la Corte Constitucional. La otra condición invocada por la peticionaria para beneficiarse de la sentencia antes señalada, es la de prepensionada. Sobre el particular el referido fallo indica que deben ser reintegrados a la entidad, siempre y cuando existan vacantes quienes para el 24 de noviembre de 2008 les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión. Se toma como punto de referencia el año 2011, de un lado, porque es en éste donde la peticionaria cumple la edad mínima de pensión, y de otro, porque de acuerdo al fallo de unificación, los prepensionados que se benefician de éste son aquellos que al 24 de noviembre de 2008 le faltaren 3 años o menos para reunir los requisitos legalmente establecidos para pensionarse. Quiere decir lo anterior, que los funcionarios de la Fiscalía que al 24 de noviembre de 2008 no tenían la edad o las semanas de cotización necesarias para aspirar a reunir los requisitos para pensionarse durante los 3 años siguientes, es decir, hasta el 24 de noviembre de 2011, no pueden considerarse como prepensionados para los efectos de la sentencia SU-446 de 2011.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-15-000-2010-03396-02(AC)

Actor: MARIA CLARA ESPITIA RAMIREZ

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante, en contra de la sentencia del 9 de mayo de 2011, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, declaró improcedente la acción de tutela instaurada.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, María Clara Espítia Ramírez acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de solicitar la protección de los derechos y principios al debido proceso, trabajo, estabilidad laboral, confianza legítima, mínimo vital y a ejercer un cargo público, presuntamente vulnerados por la Fiscalía General de la Nación.

Solicita al juez de tutela, que en amparo de los derechos y principios invocados se suspendan los efectos de la Resolución N° 0-1505 del 7 de julio de 2010, modificada por la Resolución N° 0-1537 del 13 de julio del mismo año, del Fiscal General de la Nación, mediante la cual se terminó su nombramiento en provisionalidad del cargo de Fiscal 265 Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Sala de Atención al Usuario - Sede Centro de la Dirección Seccional de Fiscalía de Bogotá D.C., y se le ordene a la parte accionada reintegrarla a dicho empleo en las mismas condiciones que venía disfrutando.

Lo anterior, lo fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (Fls. 1-8):

Señala que la Fiscalía General de la Nación adelantó varias convocatorias públicas para proveer cargos de carrera en la entidad, y por consiguiente fijó las

reglas del concurso de méritos, dentro de las cuales destaca que expresamente se indicó el número de plazas a proveer.

Subraya que de acuerdo a la Convocatoria N° 001 de 2007, para los cargos de Fiscales Delegados ante los Jueces Municipales y Promiscuos se ofertaron 744 empleos.

Afirma que desde el 3 de agosto de 2007 ocupaba el cargo de Fiscal 265 Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalía de Bogotá D.C., hasta que se le comunicó que mediante la Resolución N° 0-1505 del 7 de julio de 2010, modificada por la Resolución N° 0-1537 del 13 de julio del mismo año, se terminó su nombramiento en provisionalidad para nombrar en su lugar a la señora Dibia Olaya Zambrano, quien ocupó en el registro definitivo de elegibles de la Convocatoria 001 de 2007 el puesto 925.

Considera que la Fiscalía General de la Nación vulneró sus derechos fundamentales y desconoció la convocatoria antes señalada, por cuanto terminó su nombramiento en provisionalidad empleando la referida lista de elegibles respecto de cargos que no fueron objeto del concurso de méritos.

Afirma que la lista de elegibles de la Convocatoria 001 de 2007 fue mal empleada, porque con la misma sólo podían proveerse 744 empleos, pero que la Fiscalía continuó realizando nombramientos respecto de un número mayor de cargos a los que fueron ofertados, como ocurrió con el que desempeñaba, en desconocimiento de los derechos fundamentales invocados.

Subraya que de conformidad con la sentencia de tutela del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, C.P. Alfonso Vargas Rincón¹, en un caso similar al analizado en esta oportunidad, se determinó que la Fiscalía General de la Nación sólo podía nombrar a las personas que conformaban las listas de elegibles en las vacantes que fueron objeto de la convocatoria, so pena de desconocer que ésta es la regla del proceso de selección.

TRAMITE PROCESAL

¹ Expediente No: 18001-23-31-000-2010-00239-01.

Considera pertinente la Sala destacar, que antes de que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca emitiera la sentencia del 9 de mayo de 2011, profirió un fallo dentro del presente proceso el 9 de noviembre de 2010 (Fls. 71-79) resolviendo la acción objeto de estudio, el cual quedó sin efectos porque esta Sala mediante auto del 29 de marzo de 2011 (Fls. 216-222) declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, toda vez que el referido Tribunal emitió la segunda de las providencias señaladas sin vincular a la señora Dibia Olaya Zambrano, aunque tiene interés directo en el proceso, como quiera que la peticionaria pretende su reintegro al cargo en el que ésta fue nombrada.

Se precisa que el auto del 29 de marzo de 2011 se profirió como resultado de seguir el procedimiento previsto en el artículo 145 del C.P.C., y por ende, después de poner en conocimiento de la señora Dibia Olaya Zambrano la referida irregularidad, para que solicitara la nulidad de lo actuado (como en efecto lo hizo), so pena que aquélla quedara saneada (Fls. 113-215).

En cumplimiento del auto antes señalado, el *A quo* vinculó a la señora Dibia Olaya Zambrano mediante providencia de 27 de abril de 2011 (Fl. 230), y emitió la sentencia del 9 de mayo del mismo año, que fue impugnada por la parte accionante.

De otro lado se destaca que mientras la Sala adelantaba el procedimiento previsto en el artículo 145 del C.P.C., por el hecho de no haberse vinculado a este proceso a un tercero interesado, con el fin de establecer en el caso de autos cómo se utilizó la lista de elegibles correspondiente a la Convocatoria 01 de 2007 de la Fiscalía General de la Nación, mediante auto del 17 de enero de 2011 se le solicitó a la entidad accionada que informara lo siguiente (Fls. 113-118):

“Por Secretaría, ofíciase a la Fiscalía General de la Nación, para que en el término de dos días siguientes a la notificación de esta providencia informe lo siguiente:

- Antes de la expedición de la Resolución N° 0-1505 del 7 de julio de 2010, modificada por la Resolución N° 0-1537 del 13 de julio del mismo año, del Fiscal General de la Nación, a través de la cual se terminó el nombramiento en provisional de la accionante, cuántos cargos de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos se habían proveído mediante nombramientos en propiedad o periodo de prueba, a partir de la lista de elegibles correspondiente a la Convocatoria 001 de 2007.”

En respuesta a la anterior solicitud la entidad accionada mediante escrito radicado el 1 de febrero de 2011 (Fls. 127-128), señaló que antes de la expedición de la Resolución N° 0-1505 del 7 de julio de 2010, modificada por la Resolución N° 0-1537 del 13 de julio del mismo año, a través de la cual se terminó el nombramiento en provisional de la accionante, había realizado 924 nombramientos en período de prueba en el cargo de Fiscal Delgado ante Jueces Municipales y Promiscuos, “*con fundamento en las revocatorias de nombramientos efectuadas de conformidad con lo establecido en el artículo 158 de la Resolución N° 0-1501 del 2005 y en cumplimiento de la órdenes judiciales impartidas por la Honorable Corte Suprema de Justicia (...)*”

A renglón seguido añadió que antes de la expedición de la Resolución N° 0-1505 del 7 de julio de 2010, modificada por la Resolución N° 0-1537 del 13 de julio del mismo año, realizó 168 nombramientos en propiedad en el cargo de Fiscal Delgado ante Jueces Municipales y Promiscuos.

Teniendo en cuenta la información antes descrita, mediante auto del 4 de marzo de 2011 (Fls. 195-197), se le solicitó a la parte accionada lo siguiente:

“De los 924 nombramientos en período de prueba, que certifica haber realizado para el cargo de *Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos*, antes de la expedición de la resolución a través de la cual terminó el nombramiento en provisional de la accionante, **cuántos nombramientos había revocado a la fecha de emisión de dicho acto administrativo**, esto es, de la Resolución N° 0-1505 del 7 de julio de 2010, modificada por la Resolución N° 0-1537 del 13 de julio del mismo año, del Fiscal General de la Nación.”

En cumplimiento de la providencia antes señalada, el día 18 de marzo de 2011, la Fiscalía General de la Nación informó (Fl. 208) que a la fecha de expedición de la Resolución N° 0-1505 del 7 de julio de 2010, modificada por la Resolución N° 0-1537 del 13 de julio del mismo año, había revocado 199 nombramientos en período de prueba del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos.

INTERVENCIONES

- **La Fiscalía General de la Nación** solicita que se niegue el amparo solicitado por las siguientes razones (Fls. 80-90):

Señala que en cumplimiento de varias órdenes de la Corte Suprema de Justicia, el día 19 de abril de 2010 culminó los nombramientos en período de prueba para los 744 cargos de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos, que fueron ofertados a través de la Convocatoria 001 de 2007, pero que en virtud de nuevas sentencias de tutela de la misma corporación judicial, continuó efectuando el proceso de nombramientos para los empleos a que se refieren las Convocatorias 001 a 006 de 2007.

Indica que en virtud de la anterior situación mediante las resoluciones controvertidas en esta oportunidad (Resolución N° 0-1505 del 7 de julio de 2010, modificada por la Resolución N° 0-1537 del 13 de julio del mismo año) se terminó el nombramiento en provisionalidad de la accionante, quien no superó el proceso de selección, para en su lugar nombrar a la señora Dibia Olaya Zambrano, que ocupó el puesto 925 en la lista de elegibles, y quien tomó posesión del referido cargo el 19 de julio de 2010.

Estima que con la acción objeto de estudio puede afectarse a la persona que acreditó tener las condiciones para desempeñar el cargo que ocupaba la demandante, esto es, a la señora Dibia Olaya Zambrano.

Destaca que si bien es cierto la persona que reemplazó a la demandante no se encontraba dentro de los 744 cargos ofertados de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos, tal situación tiene fundamento legal y jurisprudencial en las sentencias de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia.

A renglón seguido manifiesta que tiene conocimiento que la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, mediante providencia del 5 de agosto de 2010, consideró que la lista de elegibles sólo puede utilizarse respecto de los cargos efectivamente convocados, y por ende, que dicha Corporación adoptó sobre el particular una posición distinta a la asumida por la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual decidió suspender el proceso de nombramientos, hasta que la Corte Constitucional unifique los pronunciamientos existentes.

No obstante lo anterior precisa, que algunas de las personas nombradas en período de prueba no aceptaron el cargo o no se han posesionado en el mismo dentro de los plazos señalados, razón por la cual se han revocado varios nombramientos de acuerdo a lo establecido por el artículo 158 de la Resolución N°

1501 del 2005, lo que ha generado que se produzcan más designaciones con ocasión al concurso de méritos del año 2007.

En cuanto a la afirmación de la accionante, consistente en que no se le han cancelado sus prestaciones sociales asevera, que de conformidad con la certificación expedida por la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Bogotá, a la peticionaria sólo se le adeuda la prima de navidad, que será cancelada con la nómina del mes de noviembre de 2010.

Luego de realizar algunas consideraciones sobre el marco legal y constitucional que rige la carrera especial de la Fiscalía General de la Nación señala, que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, si bien es cierto los funcionarios designados en provisionalidad gozan de una estabilidad intermedia, también lo es que los mismos no ostentan derechos de carrera y que un motivo justo para dar por terminado su nombramiento, es que en su cargo deba posesionarse la persona que demostró mediante el concurso de méritos reunir las condiciones legalmente exigidas para ocupar el mismo, caso en el cual no es indispensable que el acto de desvinculación deba motivarse.

Sostiene que la tutelista puede controvertir el acto mediante el cual se terminó su nombramiento en provisionalidad, solicitar el reintegro y la indemnización correspondiente a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que la acción de tutela se torna improcedente, máxime cuando no se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable.

- **La señora Dibia Olaya Zambrano**, mediante escrito del 4 de mayo de 2011, se opuso a la prosperidad de la acción de tutela por las siguientes razones (Fls. 235-240):

Relata que se desempeñó durante 13 años como Asistente de Fiscal III, hasta que fue retirada de dicho cargo el 28 de abril de 2010, mediante la Resolución 0901 del 19 de abril de 2010, por no haber concursado para el empleo que ocupaba.

Informa que contra la anterior decisión interpuso una acción de tutela ante Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la cual fue negada, porque el referido Tribunal consideró que debía esperar a ser nombrada en el cargo de Fiscal

Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos, al haber ocupado el lugar 925 en la lista de elegibles.

Narra que dos meses después de estar desvinculada de la Fiscalía, mediante la Resolución 01505 del 7 de julio de 2010, fue nombrada en período de prueba para el empleo por el que concursó, y adscrita como Fiscal 265 de la Seccional de Fiscalías de Bogotá, cargo que ocupaba la accionante.

Considera que la decisión que terminó el nombramiento en provisionalidad de la accionante se encuentra debidamente motivada, toda vez que la misma ni siquiera se inscribió al concurso de méritos de la Fiscalía General de la Nación, como puede apreciarse en la página web de ésta.

Afirma que después de superar el período de prueba, el 22 de noviembre de 2010 fue nombrada en propiedad en el cargo arriba señalado.

Añade que si bien es cierto se ofertaron 744 cargos de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos, también lo es que se revocaron 181 nombramientos en período de prueba para dicho empleo, razón por la cual en el mismo número se continuó empleando la lista de elegibles, lo que permitió que fuera nombrada en dicho cargo al ocupar el puesto 925.

En virtud de la anterior situación considera que su nombramiento no fue realizado de forma arbitraria, en tanto se llevó a cabo dentro de los parámetros establecidos, motivo por el cual no se han vulnerado los derechos fundamentales de la peticionaria.

Destaca que desde el 22 de febrero de 2011 fue trasladada a la Unidad de Estructura de Apoyo, por lo que en este momento se desempeña como Fiscal 113, motivo por el cual estima necesario que se vincule al presente proceso a la persona que ocupa la Fiscalía 265, la que desempeñaba la accionante, a fin de evitar una nueva causal de nulidad.

Afirma que no comprende por qué razón la accionante la menciona en el escrito de tutela, cuando está demostrado que fue vinculada a la Fiscalía General de la Nación luego de superar el concurso de méritos.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 9 de mayo de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, declaró improcedente la acción de tutela instaurada, por las razones que a continuación se sintetizan (Fls. 260-273)²:

Luego de realizar algunas consideraciones sobre el carácter subsidiario de la acción de tutela y su procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, destaca que no existe prueba de que la demandante haya concursado para el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de Bogotá, y mucho menos, que se encuentre en una lista de elegibles para dicho empleo.

Añade que si bien es cierto la persona que se nombró en lugar de la accionante no se encontraba dentro de los 744 ofertados de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos, también lo es que 181 personas que fueron nombradas en dichos cargos en período de prueba, no aceptaron o les fue revocado el nombramiento realizado, lo que permitió que la señora Dibia Olaya Zambrano, que superó el proceso de selección, fuera nombrada en el cargo que desempeñaba en provisionalidad la demandante.

A renglón seguido señala que a través de la acción de tutela no es procedente realizar un análisis de fondo de la controversia planteada, porque en el caso de autos la peticionaria cuenta en defensa de sus intereses con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de la cual puede solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos que considera contrarios a derecho.

Agrega que la acción de tutela tampoco es procedente como mecanismo transitorio, en tanto la tutelista no demuestra que está bajo una situación de perjuicio irremediable.

RAZONES DE LA IMPUGNACION

² Se reitera que este fallo se emitió después de que se dejara sin efectos la sentencia emitida el 9 de noviembre de 2010 por el mismo Tribunal, en tanto no se había vinculado a la señora Dibia Olaya Zambrano, que fue nombrada en lugar de la accionante.

Mediante escrito del 18 de mayo de 2011, la demandante impugnó la providencia antes descrita por las siguientes razones (Fls. 277-286):

Reprocha que el juez de primera instancia emitiera su decisión sin considerar el precedente en la materia, y sin justificar las razones por las cuales se apartaba del mismo, máxime cuando en el escrito de tutela y en el presentado el 29 de octubre de 2010, le indicó las sentencias que habían emitido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado frente a casos similares al de autos, concediendo el amparo solicitado a favor de los funcionarios nombrados en provisionalidad que fueron desvinculados por haberse empleado de forma incorrecta el registro de elegibles del concurso de méritos de la entidad demandada.

Dentro de los fallos que estima fueron desconocidos por el *A quo*, resalta los emitidos los días 5³, 11⁴ y 19⁵ de agosto de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Sostiene que el Tribunal no consideró a la hora de verificar la procedibilidad de la acción de tutela, su condición sujeto de especial protección al ser madre cabeza de familia y prepensionada, que el Consejo de Estado en otras oportunidades había estudiado la pertinencia de la acción constitucional en estos casos, que la resolución del presente asunto por vía de la acción constitucional evitaría una prolongada, dispendiosa y costosa confrontación judicial con la Fiscalía General de la Nación, y que los mecanismos ordinarios de protección no son idóneos para brindarle la protección inmediata que necesita ella y su familia, principalmente por el tiempo en que tardan en resolverse, y porque a través de los mismos el análisis no se centra en la violación de los derechos fundamentales invocados.

Destaca que gozaba de las garantías ofrecidas para el retén social, pues en el mes de octubre del año en curso completará la edad para su pensión, y que presentó ante el ISS los documentos pertinentes para que se estudiara la posibilidad de ser considerada como beneficiaria del régimen de transición pensional, pero que dicha petición le fue negada, por lo que califica como injusto que después de trabajar por más de quince años en la Rama Judicial, para

³ Expediente No: 18001-23-31-000-2010-00239-01. C.P. Alfonso Vargas Rincón.

⁴ Radicado 2010-1479. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁵ Radicado 2010-1488. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

calcular su pensión se tome el promedio salarial de los últimos 10 años, en vez de tener en cuenta sólo el último salario que percibió.

Reitera que su retiro del servicio de la entidad accionada se produjo porque ésta empleó de forma incorrecta la lista de elegibles, al utilizar la misma después de que las 744 vacantes ofertadas para el empleo que ocupaba fueron provistas, desconociendo de esta manera el carácter vinculante de la convocatoria.

Indica que la entidad accionada le informó que el día 19 de julio de 2010 dejaría de desempeñar el mencionado cargo, pero que sólo pudo entregar el mismo a la señora Dibia Olaya Zambrano hasta el 29 de julio del mismo año, por cuanto se encontraba incapacitada, pero que la entidad accionada no le ha reconocido las prestaciones correspondientes al 19 de julio de 2010 en adelante.

De otro lado, la demandante mediante memorial del 9 de junio del año en curso, solicita que se tengan en cuenta la sentencia SU - 466 de 2011 de la Corte Constitucional, en la que se determinó que la Fiscalía General de la Nación podía emplear el registro de elegibles para el concurso de méritos que llevó a cabo, únicamente para los cargos que fueron convocados (Fls. 306-307).

Añade que en la referida sentencia la Corte Constitucional ordenó:

“TERCERO.- ORDENASE a la Fiscalía General de la Nación **VINCULAR** en forma provisional, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, a todos aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007, siempre y cuando demuestren al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento, una de estas tres condiciones: **i)** ser madres o padres cabeza de familia; **ii)** ser personas próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección.” (Destacado fuera de texto).

Afirma que para el 24 de noviembre de 2008 (fecha en la que se expidió el Acuerdo 007 de 2008), contaba con 52 años y 1 mes de edad, por lo que le faltaban menos de 3 años para pensionarse, de manera tal que es una de las personas beneficiadas con la referida providencia.

ACTUACION PROCESAL

Con el fin de verificar si la accionante era beneficiaria de la sentencia SU - 466 de 2011 de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta la información disponible en el expediente, mediante auto del 22 de junio de 2011 se dispuso lo siguiente (Fl. 314):

“Por Secretaría, ofíciase a la Fiscalía General de la Nación, para que en el término de dos días siguientes a la notificación de esta providencia, informe sobre los siguientes aspectos:

1. Si en la entidad existen empleos equivalentes al de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, indicando en caso afirmativo cuáles, cuántos se encuentran vacantes y/o son desempeñados por funcionarios nombrados en provisionalidad, y en qué ciudades o municipios se encuentran los mismos.

2. Cuántos cargos de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos se encuentran vacantes y/o son desempeñados por funcionarios nombrados en provisionalidad, y en qué ciudades o municipios se encuentran dichos cargos.

En los mismos términos, ofíciase al Instituto de Seguros Sociales, a CAJANAL E.I.C.E. en Liquidación y al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, para que informen cuántas semanas de cotización en pensión tiene la señora María Clara Espítia Ramírez, identificada con cédula de ciudadanía 41.707.799 de Bogotá, y en qué períodos se realizaron los aportes correspondientes.”

En respuesta a las anteriores solicitudes, la Jefe de la Oficina de Personal de la Fiscalía, mediante oficio del 5 de julio de 2011 informó que no existen cargos equivalentes al de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, y que a nivel nacional existen 853 vacantes del empleo antes señalado, que son desempeñadas por provisionales o por funcionarios de carrera en encargo, respecto de las cuales indica la seccional en que se encuentran (Fls. 322-323).

De otro lado, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir mediante escrito del 11 de julio de 2011 manifiesta que la accionante estuvo afiliada desde el 1° de enero de 1999 hasta el 30 de abril de 2002, en tanto con posterioridad solicitó el traslado de sus aportes al Instituto de Seguros Sociales, el cual fue realizado el día 16 de octubre de 2002 por valor de \$5.759.413. Añade, que durante el tiempo en que la peticionaria estuvo afiliada, cotizó 120.7 semanas (Fl. 328).

Por su parte Cajanal EICE en Liquidación, en oficio del 12 de julio de 2011 sostiene que revisada su base de datos no encontró aportes a pensión de la accionante, pero precisa que no posee archivos históricos que le permitan certificar el tiempo y valor

cotizado en pensiones con anterioridad al 1° de abril de 1994 (fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993), en tanto con anterioridad los aportes se liquidaban en forma global por entidad y no por afiliado (Fls. 334-335).

Respecto del ISS, se advirtió que no le fue notificado el auto del 22 de junio de 2011, por medio del cual se le solicitó que informara cuántas semanas de cotización en pensión tiene la demandante y en qué períodos se realizaron los aportes correspondientes, razón por la cual se insistió en tal petición mediante auto del 18 de julio de 2011 (Fls. 340-341).

Asimismo, mediante la providencia antes señalada se puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación los escritos radicados por la accionante el 18 de mayo y 9 de junio de 2011, en tanto a través de los mismos se exponen hechos nuevos relacionados con el amparo solicitado, en especial, la expedición de la sentencia SU - 466 de 2011 de la Corte Constitucional, frente al concurso de méritos adelantado por la misma entidad.

A través del oficio de 1° de agosto de 2011 la entidad demandada advirtió que tuvo conocimiento del auto del 18 de julio de 2011, pero que no recibió los documentos que se anunciaban en dicha providencia, por lo que solicitó su remisión para realizar las consideraciones pertinentes (Fl. 376).

En atención a la situación antes descrita, los documentos a que hace referencia el auto del 18 de julio de 2011, fueron remitidos vía fax a la entidad demandada, que efectivamente recibió los mismos, como puede apreciarse en la constancia del 3 de agosto del año en curso visible a folio 389 del expediente.

Estima la Sala que el término de dos días otorgado a la Fiscalía en el auto antes señalado, para que se pronunciara sobre los documentos que le fueron remitidos vía fax, sólo puede contarse a partir del día siguiente de que éstos fueron recibidos, es decir, desde el 4 de agosto del año en curso, a fin de que materialmente se garantice el derecho a la defensa de la parte accionada.

Vencido el término otorgado a la Fiscalía para que se pronunciara respecto de los nuevos hechos y argumentos presentados por la accionante, se observa que aquella guardó silencio.

De otro lado, el 3 de agosto de 2011 se recibió la información solicitada al ISS sobre la situación pensional de la peticionaria, sin embargo, la misma fue suministrada en documentos que no eran legibles, razón por la cual mediante comunicación telefónica se solicitó y logró el reenvío de los mismos vía correo electrónico (Fls. 397-408).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Delimitación de los problemas jurídicos.

La Sección Segunda de esta Corporación en varias oportunidades ha conocido de acciones de tutela interpuestas por funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, nombrados en provisionalidad, que consideraban fueron irregularmente desvinculados en virtud de la implementación del concurso de méritos, porque para la fecha en que se dieron por terminados su nombramientos, dicha entidad ya había proveído la totalidad de los cargos que fueron ofertados. Dicho de otro modo, porque la Fiscalía a pesar de que se habían ocupado las vacantes que fueron objeto del proceso de selección, continuó a partir del registro de elegibles conformado, retirando a más provisionales para en su lugar nombrar a quienes hacían parte de éste⁶.

En los casos antes descritos, teniendo en cuenta que la convocatoria es la regla del concurso de méritos, y por ende, que es vinculante para la administración como para los concursantes, esta Sección ha establecido que la Fiscalía General de la Nación a partir de las listas de elegibles conformadas en virtud del proceso de selección, sólo puede proveer el número de cargos que fue ofertado en las convocatorias realizadas, so pena de desconocer las reglas del concurso público. En consecuencia, cuando se ha verificado que el nombramiento de un funcionario en provisionalidad fue terminado para nombrar en su lugar a una persona que participó por un cargo respecto del cual se proveyeron la totalidad de las vacantes ofertadas, ha ordenado su reintegro, en tanto no puede considerarse que el retiro se produjo

⁶ Sobre el particular pueden apreciarse las siguientes providencias: 1) Sentencia del 5 de agosto de 2010, expediente 18001-23-31-000-2010-00239-01, C.P. Alfonso Vargas Rincón, 2) Sentencia del 19 de agosto de 2010, expediente 25000-23-15-000-2010-01488-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve. 3) Sentencia del 9 de diciembre de 2010, expediente 13001-23-31-000-2010-00674-01, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. 4) Sentencia del 27 de enero de 2011, expediente 23001-23-31-000-2010-00569-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

como consecuencia del concurso de méritos, cuanto la Fiscalía General de Nación desconoció para tal efecto las reglas del mismo⁷.

Ahora bien, para establecer si la entidad en un caso concreto terminó o no válidamente un nombramiento en provisionalidad en presunto cumplimiento del concurso de méritos, es necesario determinar cuántos cargos de la misma denominación del que ocupaba el funcionario en provisionalidad fueron ofertados, y sobre todo, al momento de proferirse la resolución que terminó tal nombramiento, cuántas personas en dichos cargos en virtud del concurso fueron nombradas en propiedad o en periodo de prueba, porque de establecerse que al momento de desvincular al provisional para nombrar en su lugar a uno de los participantes, se había proveído un número igual o mayor al de cargos ofertados, se concluye que la entidad accionada desconoció las reglas del concurso público.

Por ejemplo, si la Fiscalía ofertó 744 cargos de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos (como el que ocupa la peticionaria), y al momento de proferirse la resolución que terminó el nombramiento de un provisional que ostentaba la condición de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, para nombrar en su lugar a uno de los participantes del proceso de selección, se establece que la entidad con anterioridad ha realizado 744 o más nombramientos para dicho empleo, se tiene que la misma en principio excedió el número de nombramientos que podía realizar a partir del concurso de méritos, que se reitera, fue establecido en la convocatoria, que es vinculante para la administración como para los concursantes.

Ahora bien, no basta conocer al momento de proferirse la resolución que retira a un funcionario en provisionalidad por el concurso de méritos, cuántos nombramientos con ocasión al mismo ha realizado la entidad frente al empleo de ocupaba aquél, toda vez que es probable, que un número significativo de los nombramientos realizados a partir del registro de elegibles se haya revocado, verbigracia, porque los beneficiarios de los mismos no superaron el período de prueba o porque no aceptaron el cargo por el cual concursaron.

La anterior información es de significativa importancia, porque el propósito del concurso público es que en el número de cargos ofertados, se realicen

⁷ Ver la sentencia del 27 de enero de 2011, expediente 23001-23-31-000-2010-00569-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

nombramientos en propiedad, de carácter definitivo, y no solamente en período de prueba, transitorios o condicionados a que se supere la última etapa del concurso público; de manera tal que la entidad nominadora respetando el número de vacantes que fue objeto del proceso de selección, debe realizar los nombramientos que sean necesarios para proveer la totalidad de éstas, sobre todo cuando ha tenido que revocar algunos nombramientos porque los participantes no superaron el período de prueba.

En atención a la situación descrita, es muy probable que al proferirse la resolución que termina el vínculo laboral de un funcionario en provisionalidad con ocasión al concurso público, el número de nombramientos exceda al de cargos ofertados, sin que ello *per se* signifique que se desconoció el concurso méritos, porque también debe considerarse cuántos de los nombramientos realizados para el momento en que se emitió dicha resolución se han revocado.

Por ejemplo, si la Fiscalía ofertó 744 cargos de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, y al momento de proferirse la resolución que terminó el nombramiento de un provisional que ostentaba la condición de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, se habían realizado 800 nombramientos de los cuales 100 se revocaron, se tiene que al emitirse dicha resolución materialmente sólo se han proveído 700 vacantes, por lo que la Fiscalía General de la Nación aún puede realizar 44 nombramientos más, a fin de proveer los 744 cargos ofertados.

Las anteriores consideraciones constituyen los parámetros a través de los cuales esta Subsección ha verificado la forma cómo la Fiscalía General de la Nación ha empleado el registro de elegibles del último concurso de méritos que llevó a cabo dicha entidad, teniendo como criterio orientador, que únicamente pueden proveerse a partir del mismo, el número de cargos que fue objeto de las distintas convocatorias.

En suma, para establecer en un caso en concreto si un funcionario en provisionalidad fue o no válidamente retirado de la Fiscalía General de la Nación, debe verificarse cuántos cargos de la misma denominación al que ocupa aquél fueron objeto del proceso de selección, y sobre todo, al momento de emitirse la resolución que termina su vínculo laboral, determinar frente a tal empleo cuántos nombramientos se realizaron y cuántos se revocaron.

Es necesario destacar que la Corte Constitucional en la sentencia SU- 446 de 2011⁸, de la cual a la fecha sólo se conoce el comunicado de prensa⁹, acogió en buena parte la posición asumida por la Sección Segunda del Consejo de Estado antes descrita, en tanto reiteró que “el registro de elegibles que conformó la entidad sólo podía ser utilizado para proveer los cargos en las seis convocatorias que le dieron origen”¹⁰, razón por la cual, entre las varias decisiones que emitió, estableció que sólo se entendían como servidores de carrera de la Fiscalía y en virtud de las convocatoria que ésta realizó en el año 2007, “aquellas personas que fueron nombradas según el registro de elegibles contenido en el Acuerdo 007 de 2008 y actos complementarios, **con observancia estricta de la regla referente al número de plazas por proveer según cada una de las convocatorias**”¹¹ (destacado fuera de texto).

Ahora bien, la Corte Constitucional realizó otras consideraciones, que por ahora no se conocen en toda su extensión, sobre el margen de especial de protección que la Fiscalía General de la Nación debió brindarle a los funcionarios en provisionalidad que al momento de terminarse su nombramiento eran sujetos de especial protección, por lo que en el numeral tercero la parte resolutive de la referida sentencia de unificación dispuso:

“TERCERO.- ORDENASE a la Fiscalía General de la Nación **VINCULAR** en forma provisional, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente al que ocupaban, a todos aquellos servidores que fueron retirados de la entidad con fundamento en el concurso convocado en el año 2007, siempre y cuando demuestren al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento, una de estas tres condiciones: **i)** ser madres o padres cabeza de familia; **ii)** ser personas próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** estar en situación de discapacidad, como una medida de acción afirmativa, por ser todos ellos sujetos de especial protección.

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.**”

⁸ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹ N° 24 del 26 de mayo de 2011. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%204%20comunicado%20de%20de%20mayo%20de%202011.php> (Consultada el 8 de agosto de 2011).

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.*

De la orden antes descrita puede apreciarse que la Corte Constitucional le ordenó a la Fiscalía vincular a los sujetos de especial protección antes señalados, en el evento que existan vacantes en la entidad, y siempre y cuando cumplan las condiciones establecidas por el mismo fallo, por ejemplo, ser madre cabeza de familia al momento de la desvinculación y del posible nombramiento, y ser prepensionado (a quienes les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión) al 24 de noviembre de 2008, fecha para la cual se expidió el Acuerdo 007 de 2008, por el cual se conformó el registro definitivo de elegibles para la provisión de cargos de Fiscal Delegado antes Jueces Municipales y Promiscuos, Fiscal Delegado antes Jueces de Circuito, Fiscal Delegado antes Jueces Penales del Circuito Especializado, Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito, Asistentes de Fiscal I, II, III y IV y Asistente Judicial IV¹².

Entiende la Sala que cuando la Corte Constitucional hace referencia a quienes les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión, hace alusión a las personas que en dicho período pueden cumplir la edad mínima y las semanas de cotización legalmente exigidas para adquirir el derecho a la pensión¹³.

Se realizan las anteriores consideraciones, porque la demandante afirma que está amparada por el mencionado fallo de unificación por su condición de madre cabeza de familia y prepensionada.

Por lo tanto, teniendo en cuenta los hechos y argumentos expuestos por las partes, la Sala estima que son dos los problemas jurídicos que deben resolverse en el caso de autos:

1. Si la entidad accionada al momento proferir la Resolución N° 0-1505 del 7 de julio de 2010, modificada por la Resolución N° 0-1537 del 13 de julio del mismo año, mediante la cual terminó el nombramiento en provisionalidad de la accionante como Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos,

¹² [http://www.fiscalia.gov.co/convocatorias/Fiscalia2007/REGISTRO%20ELEGIBLES%20DEFINITIVO%20\(WEB\).pdf](http://www.fiscalia.gov.co/convocatorias/Fiscalia2007/REGISTRO%20ELEGIBLES%20DEFINITIVO%20(WEB).pdf) (Consultada el 8 de agosto de 2011).

¹³ Sobre los aspectos específicos de la protección especial por proximidad del cumplimiento de requisitos de pensión, puede apreciarse la sentencia del treinta (30) de junio de dos mil once (2011), emitida por esta Subsección, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 250002325000200304222 01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

empleó o no la lista de elegibles de acuerdo a las reglas de la Convocatoria 001 de 2007, en especial, teniendo en cuenta el número de vacantes ofertadas por ésta.

2. Si la peticionaria por su presunta condición de madre cabeza de familia y prepensionada, es o no beneficiaria de la sentencia SU- 446 de 2011 de la Corte Constitucional, en especial, frente a la orden que emitió en favor de los sujetos de especial protección.

II. Resolución de los problemas jurídicos planteados.

Para resolver el primer interrogante planteado se tiene la siguiente información:

1. De acuerdo a la Convocatoria 01 de 2007¹⁴, se ofertaron 744 cargos de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos.
2. Mediante la Resolución N° 0-1505 del 7 de julio de 2010, modificada por la Resolución N° 0-1537 del 13 de julio del mismo año, se terminó el nombramiento en provisional de la accionante como Fiscal Delgado ante Jueces Municipales y Promiscuos (Fls. 14-22).
3. De acuerdo a la información requerida a la Fiscalía General de la Nación, antes de la expedición de la resolución a través de la cual se terminó el nombramiento en provisional de la accionante, se habían realizado 924 nombramientos en período de prueba en el cargo de Fiscal Delgado ante Jueces Municipales y Promiscuos (Fls. 127-128).
4. Al preguntársele a la entidad accionada “De los 924 nombramientos en periodo de prueba, que certifica haber realizado para el cargo de *Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos*, antes de la expedición de la resolución a través de la cual terminó el nombramiento en provisional de la accionante, **cuántos nombramientos había revocado a la fecha de emisión de dicho acto administrativo**”, la Fiscalía respondió que había revocado 199 (Fl. 208).

¹⁴ <http://www.fiscalia.gov.co/convocatorias/Conv%20001-2007%20MUNICIPALES.pdf> (Consultada el 8 de agosto de 2011).

Teniendo en cuenta la información antes descrita, para la fecha de emisión de la resolución que controvierte el accionante, aún no se habían proveído las 744 vacantes ofertadas de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, por cuanto de los 924 nombramientos que se habían realizado 199 fueron revocados, por lo que cuando se profirió el acto que terminó el nombramiento en provisionalidad de la accionante, se había proveído 725 vacantes de las 744 ofertadas, de manera tal que aún faltaban por proveer 19 cargos, lo que a su vez implica que la entidad accionada estaba habilitada para terminar válidamente en virtud del proceso de selección, más nombramientos en provisionalidad de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos.

Añádase a lo expuesto, que mediante la resolución controvertida se realizaron 17 nombramientos para Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, el primero de los cuales se hizo en favor de la señora Dibia Olaya Zambrano, que ocupó en la lista de elegibles el puesto 925 y que fue nombrada en lugar de la peticionaria (Fls. 16-22), razón por la cual se constata que el nombramiento en provisionalidad de ésta se terminó para proveer las 19 vacantes que para ese entonces faltaban a fin de completar las 744 que fueron ofertadas.

En suma, no se advierte que con la resolución controvertida se haya desconocido la Convocatoria 001 de 2007, en lo relativo al número de vacantes ofertadas.

Respecto al segundo problema jurídico planteado, esto es, si la peticionaria es o no beneficiaria de la sentencia SU- 446 de 2011 de la Corte Constitucional, se destaca que ésta previó frente a la condición de madre (o padre) cabeza de familia, que la misma debe demostrarse en dos momentos a saber, el primero de ellos cuando se produjo el acto desvinculación, y el segundo, cuando se ordene el reintegro en virtud de la orden emitida por la referida Corporación.

Para tener mayor claridad sobre la condición mujer cabeza de familia (concepto que es aplicable al padre cabeza de familia), se trae a colación el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008¹⁵, que modificó el artículo 2° de la Ley 83 de 1992¹⁶, de la siguiente manera:

¹⁵ Por la cual se modifica la Ley 82 de 1993, Ley Mujer Cabeza de Familia y se dictan otras disposiciones.

¹⁶ Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

“Artículo 2o. *Jefatura femenina de hogar*. Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

En concordancia con lo anterior, **es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.**

PARAGRAFO. La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo.” (Destacado fuera de texto).

En el presente caso se observa, que aunque la peticionaria afirma que es madre cabeza de familia, no aporta en respaldo de tal afirmación algún elemento de juicio a partir de la cual pueda verificarse que a su cargo está la jefatura del hogar por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del padre de sus hijos, o que los demás miembros del núcleo familiar no pueden ayudarla, y muchos acredita que para el momento en que fue desvinculada ostentaba tal condición, razón por la cual no puede considerarse en esta oportunidad, que es una de las personas beneficiadas con la sentencia SU-446 de 2011 de la Corte Constitucional.

La otra condición invocada por la peticionaria para beneficiarse de la sentencia antes señalada, es la de prepensionada. Sobre el particular el referido fallo indica que deben ser reintegrados a la entidad, siempre y cuando existan vacantes¹⁷, quienes para el 24 de noviembre de 2008 les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión.

Para establecer si la accionante al 24 de noviembre de 2008 le faltaban 3 años o menos de edad y de semanas cotización para alcanzar la pensión, se tiene la siguiente información;

¹⁷ Circunstancia que en el caso de autos es evidente, pues la Fiscalía informó que existen 853 vacantes de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos (Fls. 322-323).

1. La peticionaria nació el 26 de octubre de 1956 (Fl. 9), razón por la cual al 24 de noviembre de 2008 tenía 52 años de edad, hoy tiene 54 años y cumple 55 el próximo 26 de octubre.
2. De la Resolución 007098 del 24 de febrero de 2011 del Instituto de Seguros Sociales aportada por la accionante se observa (Fls. 287-290), que ésta en Cajanal EICE En Liquidación cotizó un total de **267** semanas, durante el 13 de diciembre de 1976 al 26 de agosto de 1977, del 8 de noviembre de 1979 al 29 de septiembre de 1983, y del 27 de mayo de 1994 al 30 de diciembre de 1994.
3. El Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir manifiesta que la demandante estuvo afiliada desde el 1° de enero de 1999 hasta el 30 de abril de 2002, en tanto con posterioridad solicitó el traslado de sus aportes al Instituto de Seguros Sociales, el cual fue realizado el día 16 de octubre de 2002 por valor de \$5.759.413. Añade, que durante el tiempo en que la peticionaria estuvo afiliada, cotizó 120.71 semanas (Fl. 328).
4. De análisis del oficio del reporte de semanas cotizadas por la accionante al ISS, se observa que la misma a finales del mes de noviembre de **2008** tiene aproximadamente **747** semanas de cotización, pero es importante advertir que dentro de éstas ya se encuentran las 120.71 causadas durante su afiliación a Porvenir desde el 1° de enero de 1999 hasta el 30 de abril de 2002, pues en dicho informe se evidencia aportes durante el periodo antes señalado (Fls. 399-431).

A fin de establecer si la demandante al 24 de noviembre de 2008 ostentaba la condición de prepensionada, debe establecerse bajo qué condiciones obtendrá su derecho a la pensión.

Sobre el particular lo primero que se advierte, es que la misma no se encuentra en el régimen de transición a que hace referencia el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo Resolución 007098 del 24 de febrero de 2011 del Instituto de Seguros Sociales, entre otras razones, porque se trasladó al régimen de ahorro individual y después regresó al régimen de prima media.

Hecha la anterior precisión, se tiene de conformidad con el artículo 33 de la ley antes señalada, que la edad mínima para que la accionante pueda adquirir su derecho a la pensión es de 55 años de edad, los cuales cumple el 26 de octubre del año en curso, de manera tal que al 24 de noviembre de 2008 a la peticionaria le faltaban menos 3 años para cumplir la edad mínima de pensión, pues para ese entonces tenía 52 años y casi un mes de edad.

En cuanto a las semanas de cotización, debe tenerse en cuenta que el número exigido varía dependiendo el año, pues de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003), hasta el año 2004 se exigían 1000 semanas, para el 2005 se requiere 1050 semanas, y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementarán éstas en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

En virtud de lo anterior, para el año 2011, en el que la accionante cumple la edad mínima de pensión, debe haber cotizado mínimo 1200 semanas, de lo contrario no cumple con dicho requisito para pensionarse en la presente anualidad.

Se toma como punto de referencia el año 2011, de un lado, porque es en éste donde la peticionaria cumple la edad mínima de pensión, y de otro, porque de acuerdo al fallo de unificación, los prepensionados que se benefician de éste son aquellos que al 24 de noviembre de 2008 le faltaren 3 años o menos para reunir los requisitos legalmente establecidos para pensionarse. Quiere decir lo anterior, que los funcionarios de la Fiscalía que al 24 de noviembre de 2008 no tenían la edad o las semanas de cotización necesarias para aspirar a reunir los requisitos para pensionarse durante los 3 años siguientes, es decir, hasta el 24 de noviembre de 2011, no pueden considerarse como prepensionados para los efectos de la sentencia SU-446 de 2011.

Hechas las anteriores consideraciones el interrogante a resolver, es si al 24 de noviembre de 2008, la demandante tenía las semanas de cotización necesarias para aspirar a cumplir los requisitos de la pensión de vejez a más tardar el 24 de noviembre de 2011, concretamente, si con las semanas cotización que tenía al 24 de noviembre de 2008, era probable que para el 24 de noviembre de 2011 reuniera las 1200 semanas que se exigen para ese año.

De acuerdo a la información suministrada por las entidades donde la accionante cotizó para obtener su pensión, se tiene que para finales del mes de noviembre de 2008 la misma tenía aproximadamente **1014** semanas de cotización, 747 por aportes al ISS y a Porvenir y 267 en Cajanal.

En ese orden de ideas, como la accionante al 24 de noviembre de 2008 tenía alrededor 1014 semanas de cotización, le faltaba cotizar por 186 semanas más para reunir las 1200 que se exigen para pensionarse en el año 2011, que sólo alcanzaría después de cotizar de forma interrumpida durante un poco más de 3 años y medio aproximadamente (teniendo en cuenta que en promedio un año tiene 52 semanas), es decir, después del 24 de noviembre de 2011.

En virtud de lo anterior, como para el 24 de noviembre de 2008 la accionante no tenía las semanas de cotización requeridas para considerar que podría reunir los requisitos para pensionarse a más tardar el 24 de noviembre de 2011, no puede considerarse como prepensionada para los efectos de la sentencia SU-446 de 2011.

III. Decisión.

Por lo tanto, (i) como no se advirtió que la entidad accionada haya terminado el nombramiento en provisionalidad del accionante desconociendo las reglas establecidas en la Convocatoria 01 de 2007 respecto del número de cargos ofertados, (ii) no se probó que la accionante era madre cabeza de familia en el momento de su desvinculación y que aún mantiene tal condición, y (iii) porque de acuerdo a las pruebas aportadas a este proceso la demandante no puede considerarse como prepensionada al 24 de noviembre de 2008, no hay lugar a acceder al amparo solicitado de conformidad con los criterios establecidos por la Sección Segunda de esta Corporación y la Corte Constitucional, frente a la forma de proveer los cargos que fueron objeto del reciente concurso de méritos que adelantó la Fiscalía General de la Nación.

No obstante lo anterior, es necesario precisar que el presente pronunciamiento no impide que la peticionaria acredite ante la entidad accionada que es prepensionada al 24 de noviembre de 2008 y que era madre cabeza de familia en el momento de su desvinculación y que aún mantiene tal condición, verbigracia,

aportando para tal efecto nuevos elementos de juicio en respaldo de sus afirmaciones.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia del 9 de mayo de 2011 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que negó el amparo solicitado, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen.

COPIESE Y NOTIFIQUESE. Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

**VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
MONSALVE**

GERARDO ARENAS

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ