

CONCURSO DE MERITOS - Mediante la lista de elegibles sólo se puede proveer el número de cargos que fue ofertado en las convocatorias

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. 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.

CONCURSO DE MERITOS - Finalidad

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 o porque algunos participantes no superaron el período de prueba.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 33 / LEY 100 DE 199 - ARTICULO 336.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la utilización restringida de la lista de elegibles: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 27 de enero de 2011, Rad. 2010-00569, MP. Gerardo Arenas Monsalve; sentencia del 8 de agosto de 2011, Rad. 2010-03396, MP. Gerardo Arenas Monsalve. Corte Constitucional, Sentencias SU-446 de 2011.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 76001-23-31-000-2011-00693-01(AC)

Actor: GLORIA AMPARO ZUÑIGA MOLANO

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante, en contra de la sentencia del 27 de mayo de 2011, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, negó la acción de tutela instaurada.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, Gloria Amparo Zúñiga Molano, en nombre propio, acudió ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con el fin de solicitar la protección de los derechos y principios al trabajo, igualdad, debido proceso, seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, presuntamente vulnerados por la Fiscalía General de la Nación.

Solicita en amparo de los derechos invocados, que se le ordene a la entidad accionada abstenerse de proveer el cargo que desempeñaba con personas que ingresaron a la lista de elegibles y se encuentran por fuera de los 732 cargos ofertados para Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito, mientras se realiza otro concurso de méritos, se presentan otras circunstancias que justifiquen la terminación de su nombramiento, o la Corte Constitucional se pronuncie sobre la eventual revisión de todos y cada uno de los fallos de tutela que se han presentado frente a casos similares al de autos.

Adicionalmente pretende, que la Fiscalía General de la Nación obre conforme al fallo del 7 de diciembre de 2010 proferido por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, en amparo del derecho a la igualdad.

Lo anterior, lo fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (Fls. 1-13):

Afirma que desde el año 2000 ha prestado sus servicios a la Fiscalía General de la Nación, y que en el año 2006 fue nombrada como Fiscal Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, cargo que ocupó en los Municipios de Guapi, Balboa y Almaguer Cauca, que desempeñó hasta que se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad mediante la Resolución N° 0-1621 del 22 de julio de 2010 del Fiscal General de la Nación, con el fin de nombrar en su lugar a María Patricia Noguera Montilla, que ocupó el puesto N° 892 en la lista de elegibles del concurso de méritos convocado por la Fiscalía, en el que se ofertaron 732 cargos de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito.

Añade que la resolución antes señalada, que le fue comunicada mediante oficio del 10 de agosto de 2010, se emitió en virtud de algunos fallos de tutela de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en los que se insta a la Fiscalía General de la Nación a realizar nombramientos respecto de un número mayor de cargos de los que fueron señalados en las respectivas convocatorias.

Destaca que en contra de los principios a la seguridad jurídica y la confianza legítima, al interior de la Corte Suprema de Justicia existen posiciones contradictorias sobre la forma en que deben agotarse las listas de elegibles para el concurso de la Fiscalía General de la Nación, pues un sector de dicha Corporación sostiene que sólo deben proveerse a partir de dichas listas el número de cargos ofertados, mientras otro argumenta que deben proveerse todas las vacantes que existen en la entidad.

Considera que la posición asumida por la entidad accionada y un sector de la Corte Suprema de Justicia, desconoce que las reglas del concurso de méritos son de obligatorio cumplimiento para la Administración y los participantes, motivo por el cual la Fiscalía no puede realizar nombramientos respecto de cargos que no fueron incluidos en los concursos de méritos, como lo ha reconocido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo Estado en concepto proferido el 4 de febrero de 2010, y la Sección Segunda, Subsección A de la misma Corporación, mediante las sentencias del 5 de agosto de 2010¹ y 7 de diciembre del mismo año².

Añade que la posición unánime del Consejo de Estado frente a casos similares al de autos, constituye un precedente vertical de obligatorio cumplimiento para los Magistrados de los Tribunales Administrativos.

Lo anterior, porque estima que la Fiscalía General de la Nación al emitir la resolución mediante la cual terminó su vínculo laboral, empleó el registro de elegibles que se conformó para los 732 cargos de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito que fueron objeto de la Convocatoria 002 de 2007, para proveer empleos que no fueron parte ésta, y que deben ser proveídos mediante un nuevo proceso de selección.

¹ Expediente No: 18001-23-31-000-2010-00239-01. C.P. Alfonso Vargas Rincón.

² Expediente N°: 76001-23-31-000-2010-01771-01. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Afirma que la señora María Patricia Noguera Montilla, que según la entidad accionada sería nombrada en su lugar, nunca se presentó para recibir el cargo que desempeñaba (Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Bolívar - Cauca con sede en Almaguer Cauca), fundamentalmente, porque aquella se posesionó en la Fiscalía 58-003 de Patrimonio Económico de Popayán.

Relata que en el cargo que ocupaba fue nombrado en encargo el señor Saúl Alberto Guerrero Rodríguez que ostenta la calidad de Asistente de Fiscal, lo que en su criterio demuestra que su empleo aún se encuentra vacante y que no fue incluido dentro de los 732 que fueron objeto del proceso de selección.

Sostiene que en virtud del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, su situación laboral en la entidad demandada no puede analizarse bajo la perspectiva de un nombramiento en provisionalidad, pues lleva más de 9 años prestando sus servicios a la parte accionada.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 27 de mayo de 2011, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, negó la acción de tutela interpuesta por las razones que a continuación se sintetizan (Fls. 75-82):

Luego de realizar algunas consideraciones sobre la procedibilidad de la acción de tutela frente a las irregularidades que se pueden presentar al interior de un concurso de méritos, destaca que el problema jurídico en el caso de autos consiste en determinar si los derechos fundamentales invocados se vulneraron como consecuencia de dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de la accionante para nombrar en su lugar a la persona que ocupó el puesto 892 de la lista de elegibles, o si por el contrario, tal situación hace parte del desarrollo normal del proceso de selección.

Estima que en el caso de autos no son aplicables las sentencias citadas por la parte actora, en tanto *“si bien para el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito se ofertaron 732 empleos, el hecho que se haya nombrado a la doctora Noguera Montilla, quien había quedado en el puesto 892, no obedeció a una actuación arbitraria de la administración, ni implica que se esté proveyendo un cargo adicional a los inicialmente ofertados –situación que ameritaría un análisis*

particular-, sino a que personas que habían ocupado puestos en la lista no aceptaron los nombramientos, por lo que éstos debieron ser revocados y continuar nombrando a quienes había ocupado puestos inferiores para ocupar los 732 cargos ofertados, entre ellos la Doctora Noguera Montilla.”

La anterior afirmación la realiza a partir del siguiente aparte de la Resolución 0-1621 del 22 de julio de 2010, mediante la cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la peticionaria:

11.- Que como consecuencia de las revocatorias realizadas a algunos nombramientos efectuados a quienes superaron las pruebas y no aceptaron el nombramiento en el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DE CIRCUITO, se hace necesario nombrar en período de prueba y en orden de méritos a quienes ocuparon los puestos que se detallan a continuación:

N° de Registro Definitivo de Elegibles	Cédula	Nombres	Cargo
892	34543 036	NOGUERA MONTILLA MARIA PATRICIA	FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DE CIRCUITO

Indica que aunque la accionante señala que María Patricia Noguera Montilla no se posesionó en el cargo que desempeñaba, y que éste actualmente es desempeñado por Saúl Alberto Guerrero Rodríguez, *“en el plenario no se evidenciaron los hechos que conllevaron a la toma de posesión en el cargo por este último, por lo que no puede predicarse de ello vulneración de los derechos fundamentales de la actora, ni que el cargo que ella ocupaba no se encontrara dentro de los 732 inicialmente ofertados”*.

RAZONES DE LA IMPUGNACION

Mediante escrito del 7 de junio de 2011, la demandante impugnó la providencia antes descrita por las siguientes razones (Fls. 147-157):

Reprocha que el juez de primera instancia no analizara los argumentos expuestos en el escrito de tutela, ni el carácter vinculante del precedente que citó del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo frente a un caso similar al de autos, en el que se tutelaron los derechos invocados en esta oportunidad.

Señala que no discute que el ejercicio de un cargo en provisionalidad por un período considerable no genera derechos de carrera, pero sí que el *A quo* no haya verificado que en su caso no puede predicarse que la terminación de su nombramiento se dio en virtud del concurso de méritos, toda vez que el proceso de selección expiró respecto del cargo que ocupaba, en tanto desde antes de ser desvinculada de la entidad demandada se habían proveído las 732 vacantes de Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito que fueron ofertadas.

Destaca que el Tribunal omitió valorar las pruebas según las cuales demostró que en su caso la Fiscalía General de la Nación realizó 219 nombramientos más de los que estaban previstos para el concurso de méritos, y que de forma desafortunada equiparó un cargo vacante a uno desempeñado por un funcionario en provisionalidad.

Precisa que en ningún momento quiso acreditar la vulneración de sus derechos fundamentales al señalar que el cargo que ocupaba lo está desempeñando el señor Saúl Alberto Guerrero Rodríguez, quien la reemplazó durante la incapacidad que padeció por estrés laboral, en tanto con el referido hecho lo que quiso destacar es que la persona que supuestamente la reemplazaría no tomó posesión de dicho cargo por lo que el mismo se encuentra vacante.

Manifiesta que mientras estuvo vinculada a la Fiscalía trabajaba de domingo a domingo con el fin de alcanzar las metas establecidas, pero que tales jornadas de trabajo fueron deteriorando su estado de salud por lo que fue incapacitada por estrés laboral, situación que en su criterio dio lugar a que se terminara su nombramiento en provisionalidad, sin considerar que necesitaba de su trabajo para vivir y para seguir con los distintos controles y tratamientos médicos que estaba recibiendo, además, que en el momento de salir de la entidad accionada no contaba con sus cesantías porque que las mismas estaban destinadas a pagar un crédito de vivienda que adquirió con el Fondo Nacional del Ahorro, que aún no ha cancelado en su totalidad.

Considera que por la situación antes descrita se vulneran o ponen en riesgo sus derechos al trabajo y a una vivienda digna.

Estima que en la sentencia controvertida se desconoció su derecho a la igualdad porque no fueron tenidos en cuenta los pronunciamientos del Consejo de Estado que frente a casos similares citó.

Sostiene que al terminarse su nombramiento sin tener en cuenta el límite de cargos a proveer en virtud del proceso de selección, se le dio el tratamiento de un funcionario de libre nombramiento y remoción, aunque fue vinculada en provisionalidad, razón por la cual el acto que la retiró del servicio debía motivarse, exigencia que en su caso no se cumplió en violación de su derecho al debido proceso y en desconocimiento de lo previsto en la sentencia SU-917 de 2010 de la Corte Constitucional.

Informa que la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-446 de 2011 reconoció que en el concurso de la Fiscalía General de la Nación sólo se podía utilizar el registro de elegibles para proveer los cargos que fueron ofertados, y ordenó en el numeral tercero de la parte resolutive lo siguiente:

“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.”

Asevera que es beneficiaria de la orden antes señalada porque el cargo que desempeñaba está vacante, toda vez que está siendo desempeñado bajo la modalidad de encargo por el señor Saúl Alberto Guerreo Rodríguez, y porque se encuentra en los supuestos de hecho descritos en los numerales ii) y iii) de la orden transcrita, en tanto el 8 de febrero de 2008 le solicitó al ISS el reconocimiento de su pensión de jubilación, sin que a la fecha se haya hecho efectivo tal derecho, y porque de acuerdo a un dictamen médico que se le practicó padece de una enfermedad profesional.

Por las anteriores razones solicita que se revoque el fallo de primera instancia, se conceda el amparo como mecanismo transitorio frente a los derechos y principios invocados, y se ordene su reintegro a la Fiscalía General de la Nación.

TRAMITE PROCESAL

Antes de decidir la impugnación interpuesta se advirtió que no se vinculó al presente proceso a María Patricia Noguera Montilla y a Saúl Alberto Guerrero Rodríguez, aunque cualquier decisión que se emita es de su interés, porque de acuerdo al escrito de tutela, la primera fue nombrada para reemplazar a la accionante, y el segundo actualmente desempeña el cargo al que pretende ser reintegrada la demandante.

En virtud de lo anterior, mediante auto del 18 de julio de 2011 (Fls. 164-168), se ordenó notificar a las personas antes señaladas sobre la existencia de este proceso para que realizaran las consideraciones que estimen pertinentes (Fls. 174-175), sin embargo no se advierte manifestación alguna de las mismas.

Asimismo, con el fin precisar la forma cómo se empleó la lista de elegibles de la Convocatoria 002 de 2007, para terminar el nombramiento en provisionalidad de la peticionaria, y qué procedimiento se siguió con posterioridad para proveer el cargo que ésta ocupaba, mediante la providencia antes señalada se le solicitó a la entidad accionada que informara lo siguiente:

“1. Antes de la expedición de la Resolución N° 0-1621 del 22 de julio de 2010 del Fiscal General de la Nación, a través de la cual se terminó el nombramiento en provisionalidad de la accionante, cuántos cargos de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito se habían proveído mediante nombramientos en propiedad o período de prueba, a partir de la lista de elegibles correspondiente a la Convocatoria 002 de 2007.

2. De los nombramientos en propiedad o período de prueba que había realizado para el empleo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito, a partir de la lista de elegibles correspondiente a la Convocatoria 002 de 2007, cuántos revocó antes de la expedición de la Resolución N° 0-1621 del 22 de julio de 2010 del Fiscal General de la Nación.

3. Informe pormenorizadamente qué procedimiento siguió para proveer el cargo que desempeñaba la peticionaria de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Bolívar Cauca con sede en Almaguer Cauca, indicando a qué persona nombró en su lugar, si la misma hacía o no parte de la lista de elegibles correspondiente a la Convocatoria 002 de 2007, mediante qué actos realizó el nombramiento correspondiente, cuándo se posesionó del cargo que

ocupaba la demandante. En respaldo de sus afirmaciones, aporte copia de los actos administrativos pertinentes.

4. Precise en este momento quién ocupa el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Bolívar Cauca con sede en Almaguer Cauca, que desempeñaba la peticionaria antes de ser desvinculada, en qué condición ocupa el mismo, a partir de cuándo y mediante qué acto fue nombrada en el mencionado cargo; aportando copia de los documentos pertinentes en respaldo de sus afirmaciones.”

De otro lado, a través del auto del 18 de julio de 2011, se puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación el escrito de impugnación y sus documentos anexos, 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.

Finalmente mediante el auto antes señalado, con el fin de verificar si la accionante era prepensionada en los términos de la sentencia SU – 466 de 2011 de la Corte Constitucional, y por ende, si podía considerarse beneficiaria de ésta, teniendo en cuenta la información disponible en el expediente se dispuso lo siguiente:

“Por Secretaría, ofíciase al Instituto de Seguros Sociales y a los Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR y HORIZONTE, para que en el término de 2 días siguiente a la notificación de esta providencia, informen cuántas semanas de cotización en pensión tiene la señora Gloria Amparo Zúñiga Molano, identificada con cédula de ciudadanía 34.531.544 de Popayán, y en qué períodos se realizaron los aportes correspondientes, anexando en respaldo de sus afirmaciones los documentos pertinentes.

En los mismos términos ofíciase a la accionante, para que aporte los documentos que anexó a la petición del 8 de febrero de 2010 que presentó ante el ISS (Fls. 139-141), para obtener el reconocimiento de su pensión, con el fin de acreditar que reúne los requisitos legalmente previstos para ese derecho, o aquellos documentos que estime pertinentes para tal fin.”

Respecto a las anteriores actuaciones la Fiscalía General de la Nación con el escrito del 27 de julio de 2011 (Fl. 182), allegó la resolución mediante la cual terminó el nombramiento de la accionante para nombrar en su lugar a la señora María Patricia Noguera, y un listado de todos los nombramientos que realizó respecto del empleo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito antes de nombrar

a ésta, que equivalen a 891, de los cuales 201 se revocaron, **145** antes del 22 de julio de 2010, fecha en la cual se emitió la resolución que terminó el vínculo laboral de la peticionaria, y 56 con posterioridad a dicha fecha (Fls. 183-258).

De otro lado, respecto a la información pensional de la demandante, el Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte, manifestó que ésta el 1° de diciembre de 2000 suscribió el formulario de vinculación correspondiente, en tanto era su deseo trasladarse del Instituto de Seguros Sociales. Empero, precisa que con posterioridad la accionante solicitó el traslado de sus aportes a Porvenir S.A., el cual se llevó a cabo en el mes de noviembre de 2001 (Fls. 420,421).

Por su parte, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., informó que la señora Zúñiga Lozano no se encuentra afiliada, por cuanto el 30 de mayo de 2007 realizó la devolución de sus aportes a las cuentas del ISS (Fl. 432).

La demandante mediante escritos radicados el 1 y 16 de agosto de 2011 (Fls. 259, 441), allega la documentación que presentó para el reconocimiento de su derecho a la pensión ante el ISS, y aquella que acredita que también realizó algunos aportes ante ING Pensiones Obligatorias Fondo Moderado.

Finalmente, mediante auto del 23 de agosto de 2011, se ofició nuevamente a la Fiscalía General de la Nación para que informara qué procedimiento estaba adelantado cuando uno de los participantes de la Convocatoria 02 de 2007, nombrado en período de prueba no superaba el mismo, precisando qué ocurre con el cargo que aquél ocupó transitoriamente. Y de otro lado, se requirió a dicha entidad para que informara pormenorizadamente de los 891 nombramientos de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito que realizó en virtud de la Convocatoria 02 de 2007, antes de nombrar en dicho empleo a la señora María Patricia Noguera Montilla, que ocupó el lugar número 892 de la lista de elegibles, (i) cuántos y (ii) cuáles participantes no superaron el nombramiento en período de prueba, y respecto de cada uno de ellos, (iii) en qué fecha se decidió que no superaron dicha etapa del proceso selección (Fl. 463).

En respuesta a las anteriores solicitudes la entidad accionada mediante escrito remitido vía fax el 7 de septiembre del año en curso, indicó que cuando un concursante no supera el nombramiento en período de prueba, se procede a retirar al mismo de la entidad, y a proveer la vacante que ocupó transitoriamente

con el funcionario que sigue en turno en la lista de elegibles. De otro lado, informó que *“a la fecha no se ha presentado ningún caso sobre funcionarios que no han superado el período de prueba en relación a la Convocatoria 02 de 2007 y por ende que no se han efectuado nombramientos fuera del rango por situación semejante, resultando ante ello imperioso aclarar que los nombramientos efectuados por fuera de los cargos convocados han sido como consecuencia de las revocatorias efectuadas ante la no aceptación del cargo objeto de nombramiento por parte del funcionario o el vencimiento de términos para tomar posesión del mismo.”* (Fl. 475-476).

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 sus 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 éste³.

En los casos antes descritos, teniendo en cuenta que la convocatoria es la regla del concurso de méritos, y por ende, que es vinculante tanto 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

³ 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. 5) Sentencia del 8 de agosto de 2011, expediente: No. 25000-23-15-000-2010-03396-02, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

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, cuando la Fiscalía General de Nación desconoció para tal efecto las reglas del mismo⁴.

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 período 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 732 cargos de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito (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 de Circuito, para nombrar en su lugar a uno de los participantes del proceso de selección, se establece que la entidad con anterioridad ha realizado 732 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 hayan revocado porque los beneficiarios de los mismos no aceptaron el cargo por el cual concursaron o dejaron vencer el término para posesionarse en el mismo, y de otro lado, porque algunos de los participantes que fueron nombrados en período de prueba no superaron éste,

⁴ Ver la sentencia del 27 de enero de 2011, expediente 23001-23-31-000-2010-00569-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

dejando libres las vacantes que ocuparon transitoriamente para que las mismas sean ocupadas por otras personas que se encuentren en el registro elegibles.

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 o porque algunos 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 en período de prueba realizados para el momento en que se emitió dicha resolución se han revocado, y cuántos de los realizados no fueron exitosos porque los participantes no superaron dicha etapa del proceso de selección.

Por ejemplo, si la Fiscalía ofertó 732 cargos de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito, y al momento de proferirse la resolución que terminó el nombramiento de un provisional que ostentaba la condición de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito, se habían realizado 800 nombramientos en período de prueba, de los cuales 80 se revocaron porque los beneficiarios de los mismos no aceptaron el cargo por el cual concursaron o dejaron vencer el término para posesionarse, y 20 participantes perdieron el período de prueba, 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 32 nombramientos más, a fin de proveer los 732 cargos ofertados.

Las anteriores consideraciones constituyen los parámetros a través de los cuales esta Subsección estima se debe verificar la forma cómo la Fiscalía General de la Nación ha empleado el registro de elegibles del último concurso de méritos que llevó

a cabo, 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, cuántos se revocaron y cuántos participantes nombrados en período de prueba no superaron éste.

Es necesario destacar que la Corte Constitucional en la sentencia SU- 446 de 2011⁵, de la cual a la fecha sólo se conoce el comunicado de prensa⁶, 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”⁷, 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 convocatorias 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**”⁸, y por el contrario, que debían considerarse “como servidores en provisionalidad, además de los que no concursaron y se mantienen en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación, todas aquellas personas que fueron nombradas por hacer parte del registro de elegibles contenido en el Acuerdo 007 de 2008 y actos complementarios, **pero sin sujeción a la regla del número de plazas a proveer, en los términos de cada una de las convocatorias**” (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

⁵ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶ N° 24 del 26 de mayo de 2011. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2024%20comunicado%2026%20de%20mayo%20de%202011.php> (Página consultada el 14 de septiembre de 2011).

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

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.**”

De los apartes transcritos 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, estar en situación de discapacidad 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 IV⁹.

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

⁹ [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)
(Página consultada el 14 de septiembre de 2011).

mínima y las semanas de cotización legalmente exigidas para adquirir el derecho a la pensión¹⁰.

Se realizan las anteriores consideraciones, porque la demandante afirma que está amparada por el mencionado fallo de unificación por su condición de discapacitada 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 en el momento de nombrar a María Patricia Noguera Montilla, que reemplazó a la accionante, mediante la Resolución N° 0-1621 del 22 de julio de 2010, empleó o no la lista de elegibles de acuerdo a las reglas de la Convocatoria 002 de 2007, en especial, teniendo en cuenta el número de vacantes para el empleo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito ofertadas por ésta.
2. Si la peticionaria por su presunta condición de discapacitada 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 02 de 2007¹¹, se ofertaron 732 cargos de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito.
2. Mediante la Resolución N° 0-1621 del 22 de julio de 2010, se terminó el nombramiento en provisional de la accionante como Fiscal Delgado ante

¹⁰ 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.

¹¹ <http://www.fiscalia.gov.co/convocatorias/Conv%20002-2007%20CIRCUITO.pdf> (Página consultada el 14 de septiembre de 2011).

Jueces de Circuito, para nombrar en su lugar a María Patricia Noguera Montilla (Fls. 67,183-188).

3. De acuerdo a la información requerida a la Fiscalía General de la Nación, antes de nombrar a la señora María Patricia Noguera Montilla, se habían realizado 891 nombramientos en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito, de los cuales 145 se revocaron antes del 22 de julio de 2010, esto es, antes de la fecha en la cual se emitió el acto que terminó el vínculo laboral de la peticionaria y se nombró en su lugar a la persona antes señalada. También se advierte que ninguno de los participantes nombrados antes de la señora María Patricia Noguera Montilla perdió el período de prueba (Fls. 183-258, 475-476).

De acuerdo a la información descrita, antes de nombrar a la señora María Patricia Noguera Montilla en lugar de la demandante, se había proveído efectivamente 746 cargos de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito a partir del registro definitivo de elegibles, teniendo en cuenta que antes del nombramiento de aquella se había realizado 891 nombramientos, de los cuales 145 se revocaron antes de la emisión de la resolución controvertida.

Quiere decir lo anterior, que en el momento de nombrarse a la persona que reemplazó a la accionante, se habían proveído las 732 vacantes del Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito objeto de la Convocatoria 002 de 2007, de manera tal que la entidad accionada debía abstenerse de realizar más nombramientos en dicho empleo a partir del registro de elegibles, so pena de desconocer, como en efecto ocurrió, que dicha convocatoria establecía un límite de cargos que serían objeto del proceso de selección.

En otras palabras, al haberse proveído con anterioridad al nombramiento de María Patricia Noguera Montilla, el número de cargos que fue ofertado respecto del empleo de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito que ocupaba la peticionaria, no podía la Fiscalía terminar el nombramiento en provisionalidad de ésta invocando la implementación del concurso de méritos.

En virtud de lo anterior, se advierte que la entidad accionada al desvincular a la demandante invocando la implementación del concurso de méritos, pero a la vez desconociendo las reglas de éste respecto del número de cargos a proveer de Fiscal

Delegado ante Jueces de Circuito, vulneró los derechos al debido proceso y al trabajo de aquella.

Sobre el particular se destaca que el *A quo* afirmó que la terminación del nombramiento en provisionalidad de la accionante, y el nombramiento de la persona que la reemplazó no se hizo desconociendo el límite de cargos ofertados de Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito, sin embargo, se observa que realiza tal afirmación sin verificar como se hizo en esta oportunidad, cuántos nombramientos se realizaron, cuántos se revocaron y cuántas personas perdieron el período de prueba al momento de nombrar a María Patricia Noguera Montilla, a fin de establecer si al retirar de la Fiscalía General de la Nación a la peticionaria se respetó o no el límite de vacantes previsto por la Convocatoria 02 de 2007.

En ese orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación, en amparo de los derechos antes señalados, la peticionaria debe ser reintegrada sin solución de continuidad al cargo que desempeñaba antes de ser desvinculada o a otro de igual o de superior jerarquía en provisionalidad, con el pago retroactivo de todos sus salarios, prestaciones sociales y cotizaciones a seguridad social desde la fecha en que se terminó su nombramiento hasta que se haga efectivo el reintegro, pues aquél no debió terminarse en virtud de la implementación del concurso público objeto de la convocatoria arriba señalada.

Se precisa que el reintegro y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, que se ordenará mediante esta providencia, en manera alguna cambia la naturaleza del nombramiento realizado a la peticionaria en provisionalidad, motivo por el cual la misma no puede reclamar las garantías propias de los empleados de carrera, que se encuentran en una situación de hecho y derecho distinta a la de la demandante.

En atención a la anterior situación, carece de objeto pronunciarse respecto del segundo problema jurídico, en tanto el principal propósito del mismo era establecer si la accionante era beneficiaria de la sentencia SU- 446 de 2011 de la Corte Constitucional, y por ende, si le asistía el derecho a ser reintegrada a la Fiscalía General de la Nación.

Sin embargo, considera la Sala necesario precisar que la sentencia antes señalada previó que para beneficiarse de la misma, es necesario acreditar la condición de prepensionado al 24 de noviembre de 2008 (día en el que se conformó el registro definitivo de elegibles), es decir, probar que a dicha fecha a la persona interesada le faltaban tres años o menos para cumplir los requisitos de pensión, condición que para ese entonces la peticionaria no cumplía, pues la misma nació el 19 de junio de 1958 (de acuerdo a la fotocopia de la cédula de ciudadanía visible a folio 317 del expediente), de manera tal que para la fecha antes señalada tenía 50 años y 5 meses de edad, es decir, que le faltaban más 4 años de para adquirir la edad mínima de pensión (55 años), prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993¹².

La otra condición invocada por la peticionaria para beneficiarse de la sentencia SU- 446 de 2011 de la Corte Constitucional, es la de discapacitada. Sobre el particular el referido fallo indica que deben ser reintegrados a la entidad, siempre y cuando existan vacantes, quienes al momento de la desvinculación y del posible nombramiento estén en situación de discapacidad.

En el presente caso se observa, que si bien la peticionaria fue incapacitada durante los períodos comprendidos entre el 11 de febrero al 12 de marzo, del 29 de julio al 27 de agosto y del 27 de septiembre al 24 de octubre de 2010 (Fls. 126-128), es decir, antes y después de que se terminara su nombramiento en provisionalidad; y que la Nueva EPS determinó el 18 de enero de 2011 que padece una enfermedad profesional catalogada “Transtorno Mixto de Ansiedad y Depresión por Estrés Laboral” (Fl. 138), estima la Sala que a partir de las anteriores circunstancias no puede establecerse con certeza que los quebrantos de salud que ha tenido la peticionaria le han ocasionado alguna discapacidad, cuáles son las consecuencias y gravedad de los mismos, si la patología que fue diagnosticada es de carácter temporal o permanente, de qué forma se ve afectado su desarrollo laboral, personal, familiar y social, en suma, si la demandante se

¹² Se afirma que a la accionante le es aplicable el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, porque se advierte que la misma no se encuentra en el régimen de transición a que hace referencia el artículo 36 de la Ley 100, entre otras razones, porque de acuerdo a lo informado por los Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir y Horizonte, la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual y después regresó al régimen de prima media. Sobre el particular puede consultarse: ARENAS MONSALVE, GERARDO. “El derecho colombiano de la seguridad social”. Tercera Edición. Capítulo 13 “El régimen de Transición Pensional”, numeral 7 “El régimen de transición y el problema de los afiliados que se trasladaron al régimen de ahorro individual”. Edit. LEGIS - Colombia - 2011, Pp. 308-315.

encuentra en una situación de vulnerabilidad manifiesta que la haga beneficiaria de la sentencia SU- 446 de 2011 de la Corte Constitucional.

III. De las órdenes a proferir.

En amparo de los derechos al debido proceso y al trabajo, se dejará sin efectos la Resolución N° 0-1621 del 22 de julio de 2010 de la Fiscalía General de la Nación, exclusivamente frente a la terminación del nombramiento en provisionalidad de la accionante como Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito, y se ordenará a la entidad accionada que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, adelante todas las gestiones pertinentes para que reintegre a la peticionaria sin solución de continuidad al cargo que desempeñaba antes de ser desvinculada o a otro de igual o de superior categoría, y con el pago retroactivo de todos sus salarios, prestaciones sociales y cotizaciones a seguridad social desde la fecha en que se terminó su nombramiento hasta que se haga efectivo el reintegro.

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

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 27 de mayo de 2011 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó la acción de tutela instaurada. En su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo de la señora Gloria Amparo Zúñiga Molano, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la Resolución N° 0-1621 del 22 de julio de 2010 de la Fiscalía General de la Nación, exclusivamente frente a la terminación del nombramiento en provisionalidad de la accionante como Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito.

TERCERO: ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, adelante todas las

gestiones pertinentes para que reintegre a la peticionaria sin solución de continuidad al cargo que desempeñaba antes de ser desvinculada o a otro de igual o de superior categoría, y con el pago retroactivo de todos sus salarios, prestaciones sociales y cotizaciones a seguridad social desde la fecha en que se terminó su nombramiento hasta que se haga efectivo el reintegro.

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 GERARDO ARENAS
MONSALVE**

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ