

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Providencia: Sentencia de Tutela No. **T - 064- 2016**

Proceso: Acción de Tutela – Primera Instancia

Accionante: Susana Benítez Cuellar

Accionado: Fiscalía General de la Nación

Radicado: 76-111-22-13-005-2016-00141-00

Asunto: ***Acceso al empleo público.** Se vulnera por la Fiscalía General de la Nación cuando contando con lista definitiva de elegibles se abstiene de nombrar a quienes en ella se encuentran, dentro del término de 20 días hábiles siguientes a la firmeza de aquella.*

MAGISTRADA PONENTE: DRA. BARBARA LILIANA TALERO ORTIZ

Guadalajara de Buga, mayo diez (10) de dos mil dieciséis (2016)

(Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha. Acta No. 041)

1. OBJETO DE ESTE PROVEÍDO:

Proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela incoada por **SUSANA BENITEZ CUELLAR**, contra de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** con el fin de que le sea protegido sus derechos fundamentales al trabajo, y acceso a cargos públicos, que en su parecer están siendo vulnerados por la autoridad accionada.

2. ANTECEDENTES:

2.1. Invocando la protección de los aludidos derechos fundamentales, solicitó la accionante, que se ordene a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, iniciar las diligencias tendientes a agilizar su nombramiento en propiedad en el cargo para el que concursó.

2.2. En sustento de sus súplicas relató la accionante que participó y salió avante en la Convocatoria No. 015-2008 de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, cuyas listas definitivas se encuentran en firme desde el 13 de julio de 2015, ocupando el puesto No. 74 de 87 vacantes para el cargo Auxiliar I del Grupo 2, razón por la cual solicitó a la **COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** la agilización de su nombramiento, sin que la respuesta hubiese sido satisfactoria. Por lo demás refirió que está próxima a quedarse sin empleo, situación que pone en riesgo el derecho al mínimo vital de su núcleo familiar.

2.3. La acción tutelar correspondió por reparto a ésta Sala de Decisión, donde se admitió por auto de fecha abril 26 de 2016, disponiéndose la notificación de la autoridad accionada, y la vinculación de la **COMISIÓN DE CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y de la **UNIVERSIDAD NACIONAL**.

2.4. Enterada de la resumida acción tutelar, la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA** solicitó declarar la improcedencia de la acción en su contra por carecer de legitimación por pasiva en tanto que no tiene ninguna injerencia en el trámite de provisión de cargos.

2.5. Notificada de la acción en su contra la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, solicitó que se niegue la tutela de los derechos fundamentales invocados, aduciendo, en esencia, que la tardanza en todo el proceso de la Convocatoria No. 015-2008, ha obedecido a aspectos externos que escapan a su control, como lo son la interposición de acciones de tutela, contenciosas administrativas, e incluso la expedición de actos legislativos. Totalmente al margen, manifestó que en la Ley 938 de 2004 aplicable a la convocatoria, no existe un término legal para proveer los cargos en periodo de prueba, empero actualmente se encuentra ejecutando dicha labor con base en una metodología célere que permite realizar todos los nombramientos en el menor tiempo posible, no obstante, en todo caso, es menester que la accionante espere el turno de las 57 personas que le preceden para ser nombrada, tal y como se le hizo saber en respuesta a derecho de petición.

2.6. Satisfecho el trámite de la presente instancia y previamente a resolver sobre el mérito de la presente acción, estima la Sala pertinente realizar las siguientes:

3. CONSIDERACIONES

3.1. Se radica la competencia en la Sala para decidir en torno a la presente tutela en virtud de lo consagrado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 1 del Decreto 1382 de 2002, dado el lugar donde se alega la presunta vulneración y en virtud de que la accionada una autoridad pública del orden nacional.

3.2. La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de nuestra Constitución Política, es el procedimiento pertinente para invocar la protección de los derechos fundamentales, cuando quiera que ellos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, cuya conducta afecte grave o directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (art. 42 D. 2591/91). Se trata de una acción especial que tiene claramente definido su ámbito de aplicación en la norma constitucional que la consagra y con mayor detalle en su decreto reglamentario, cuyo empleo está limitado por aspectos como la legitimidad de las partes, el alcance de su objeto y los derechos que con ella se protegen, que valga anotar, en este asunto concreto no merecen reparo.

3.3. Puestas de ese modo las cosas, el problema jurídico se centra en determinar si ¿La **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** está vulnerando los derechos fundamentales de la actora por no de haberla nombrado aun en uno de los cargos vacantes a los que se ha hecho merecedora al encontrarse en la lista definitiva de elegibles?

3.3.1. Sea lo primero recordar que la Carta Política establece el mérito y la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos, como factores fundamentales para el ingreso y ascenso en los distintos empleos en los órganos y entidades del Estado. En aras de integrar una política estatal basada en esos objetivos, así como en la eficacia y eficiencia por la que debe propender la función pública, el Constituyente acuñó la regla general de la carrera administrativa, como sistema técnico más óptimo de la ciencia de la administración del recurso humano, para constatar las aptitudes, habilidades, idoneidad y competencias de las personas llamadas a acceder al empleo público.

3.3.2. En nuestro ordenamiento jurídico, la regulación del sistema de carrera administrativa no es el mismo para todas las entidades que integran la estructura del Estado. La Constitución y la ley, sin perder de vista los principios básicos sobre los que debe cimentarse la función pública (mérito, igualdad de oportunidades y estabilidad), y consciente de la necesidad de fijar en favor de determinados órganos un régimen singular, que atendiera a la naturaleza y peculiaridades de sus funciones y objetivos, consagró, paralelamente al régimen de carrera general implementado por la Ley 909 de 2004, unos sistemas especiales de origen constitucional –entre los que se encuentra el régimen carrera de la Fiscalía- y otros específicos o netamente legislativos.

3.3.3. Entonces para el ingreso en carrera administrativa de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, existe un régimen especial cuya fuente originaria reside en el art. 235 de la Constitución Política, normativa que, a su vez, delega al

legislador la tarea de determinar lo relativo “...al ingreso por carrera y al retiro del servicio”. En esa labor se han expedido múltiples reglamentaciones como lo son el Decreto 2699 de 1991¹, que en su capítulo II definió lo relativo al régimen de carrera de la entidad; la Ley 938 de 2004, que en su título VI incluyó una serie de disposiciones orientadas a delinear el ingreso por carrera, el proceso de selección, convocatoria, candidatos, registro de elegibles, provisión de los cargos, período de prueba, inducción, nombramientos, calificación y retiro del servicio; y, finalmente, el Decreto 020 de 2014² emanado del poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 1654 de 2013.

En tal virtud, se ha sostenido que la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** cuenta con un régimen especial y distinguible del general previsto en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, lo que significa, que los aspectos y vicisitudes que incumban a la carrera de este organismo, deben resolverse, prevalentemente, con sus propias normas.

3.3.4. Desde esa perspectiva, es importante resaltar que como bien lo anota la parte accionada, la Ley 938 de 2004 guarda absoluto silencio frente al término para proveer los empleos ofertados con los aspirantes inscritos en el registro de elegibles, sin que en principio sea posible aplicar el término de 20 días hábiles de que trata el artículo 40 del Decreto 020 de 2014 para llenar dicho vacío jurídico, en tanto que el canon 120 *eiusdem* dispone tajantemente que los procesos de selección en curso deben “...**desarrollarse hasta su culminación con las normas vigentes en el momento de la convocatoria...**”, es decir, para el caso concreto, las normatividades vigentes al año 2008 –fecha de la Convocatoria No. 015-2008-.

3.3.5. El panorama que antecede ha sido objeto de análisis por varios Tribunales del país que obrando como jueces constitucionales, han conocido de acciones de tutela por similares hechos, y en la gran mayoría de ellas han despachado desfavorablemente los argumentos de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, según los cuales la aludida laguna legal, los faculta para efectuar los nombramientos en periodo de prueba en los cargos vacantes ofertados con quienes conforman las listas de elegibles, hasta antes de que las mismas pierdan vigencia, esto es, dentro del término de dos años contados a partir de que quedan en firme.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, avalando dicha postura, señaló recientemente lo siguiente:

b) El término de provisión de los cargos es de 2 años, por ser este el plazo de vigencia del registro de elegibles.

¹ Por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación

² Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas

Esta postura interpretativa sostenida por el ente acusador, tiene dos graves falencias.

En primer lugar, no es posible, desde el prisma de la metodología jurídica, tomar analógicamente el plazo de vigencia del registro de elegibles. La analogía, como figura para colmar las lagunas normativas, es permitido utilizarla cuando entre dos supuestos de hecho existe una similitud, analogía o identidad sustancial³.

En el sub examine, es notable que la vigencia de la lista de elegibles no puede ser utilizada como parámetro para definir el término de provisión de los cargos en periodo de prueba, por la potísima razón de que el concurso y el nombramiento de las concursantes elegibles, está concebido para realizarse en un lapso corto y razonable, dada la necesidad de las entidades de contar con personal idóneo y competente para el desarrollo eficaz de sus cometidos, y el derecho subjetivo de los concursantes ganadores de acceder oportunamente al empleo público, sin más limitantes que las previstas en la ley y la oferta disponible.

Por su parte, la lista de elegibles es diseñada con el propósito de que conserve cierta estabilidad y duración específica en el tiempo (2 años), para garantizar dos objetivos fundamentales: (i) su uso obligatorio por la administración para llenar las vacantes que originaron el llamamiento al concurso, y (ii) que mientras esté vigente ese acto, la entidad correspondiente no pueda realizar concurso para proveer las plazas a las que él se refiere, hasta tanto no se agoten las vacantes que fueron ofertadas, de forma que se satisfagan no solo los derechos de quienes hacen parte de este acto administrativo sino principios esenciales de la organización estatal como el mérito para ocupar cargos públicos y los específicos del artículo 209 constitucional.

Adicionalmente, es dable sostener que la vigencia del registro de elegibles y el plazo para proveer los cargos en periodo de prueba, son aspectos totalmente distintos, de manera que no existe ninguna razón, ni siquiera aparente, para asimilarlos.

En segundo lugar, la interpretación de la entidad accionada resulta lesiva de los derechos fundamentales de los concursantes, al comprometer severamente su derecho de acceso al empleo público. En efecto, la utilización de un término de dos años para proveer los empleos con las listas de elegibles, además de ser excesivo y desnaturalizar la agilidad que debe caracterizar los concursos de méritos, sacrifica significativamente la posibilidad de los concursantes de acceder a los empleos, comoquiera que los nombramientos dejados para última hora o para justo antes de la expiración de la lista, pueden verse afectados por las dificultades administrativas que deba enfrentar la entidad⁴.

En esa misma providencia, la Corte, una vez proscrita la posición que se había convertido en precedente en distintos Tribunales Superiores de Distrito para conceder la protección tutelar invocada en asuntos como el que hoy nos ocupa, según la cual, los vacíos normativos existentes en los regímenes especiales, debían ser llenados con las disposiciones del régimen general de carrera administrativa, consideró como más acertada la solución siguiente:

(d) Solución: Nuevamente los 20 días hábiles del art. 40 del D.L. 020/2014 (vía analógica).

No pretende la Corte revivir la discusión en torno a si los 20 días hábiles perentorios para proveer los cargos previsto en el art. 20 del D.L. 020/2014 es aplicable retroactivamente, ya que, conforme a lo explicado, el art. 120 de la misma legislación excluyó de su alcance, los concursos iniciados al amparo de normas anteriores.

Por lo anterior, en esta ocasión lo que viene a sostener la Corte es la tesis de la aplicación analógica de esa disposición, para colmar la laguna que dejan las normas de la carrera especial de la Fiscalía vigentes para la fecha de la convocatoria.

³ GUATINI, Riccardo: Interpretar y argumentar. Álvarez Medina Silvina (trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

⁴ Sentencia del 30 de marzo de 2016 (STL4457-2016). Rad. 63861 MP. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Se dijo, que la similitud es predicable cuando existe identidad sustancial entre dos casos o dos supuestos de hecho. **Esta asimilación sustancial es perfectamente verificable en el art. 40 del D.L. 020/2014, que regula expresamente el plazo en que debe producirse el nombramiento en periodo de prueba de las personas elegibles y para el efecto se estipula un término de 20 días hábiles. Luego, no ve la Sala objeción jurídica para que se acuda a ese término para llenar el vacío que deja la L. 938/2004 en este punto.**

Ahora, desde el prisma de la factibilidad de realizar los nombramientos en ese tiempo, la Corte tampoco advierte obstáculo alguno, por dos razones fundamentales.

En primer lugar, ese es el término con el que cuenta actualmente el nominador para vincular a las personas que haya superado el concurso de méritos, por manera que, no existe ninguna justificación para afirmar que frente a los nuevos procesos se puede cumplir pero frente a los antiguos no, máxime si se trata de un decreto expedido hace poco más de dos años al amparo de una política de modernización de la institución.

En segundo lugar, y a diferencia del estrecho lapso de 10 días contemplado en el D. 1227/2005, 20 días hábiles es un término proporcionado y razonable para que la entidad entre a proveer los empleos ofertados en estricto orden de mérito y con las listas de elegibles vigentes para el empleo objeto del concurso.

Claro está, debe surtir para cada funcionario y empleado un estudio de seguridad previo a su nombramiento, sin embargo, esto debe hacerlo la Fiscalía dentro de los 20 días hábiles a los que se ha hecho referencia, más aún cuando, a raíz de la congestión de la Dirección Nacional de Protección y Asistencia, dependencia encargada de realizar este trabajo, y según da cuenta la Fiscalía en su impugnación, «se expidió la Resolución 0-0635 del 16 de diciembre de 2015, mediante la cual se reestructuró el procedimiento de estudio de seguridad», con el propósito «de permitir la verificación inicial en las bases de datos de los antecedentes y anotación», agotado lo cual, el aspirante, de no tener reportes negativos, es apto para ser nombrado y «el estudio de seguridad continúa su curso durante el término dispuesto para el periodo de prueba»⁵(Negrillas subrayadas de la Sala).

Síguese de la jurisprudencia citada, que las personas que conforman la lista definitiva de elegibles en el concurso de méritos del área administrativa y financiera del año 2008 de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, deben ser nombradas en periodo de prueba dentro de los 20 días hábiles a la firmeza de la misma, de conformidad con el Decreto 020 de 2014,** “*Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas*”, aplicable por vía de analogía –no directa-, para remediar la ausencia de normatividad que existe sobre el punto.

3.3.6. Descendiendo al asunto concreto, se encuentra fuera de cualquier discusión que la señora **SUSANA BENITEZ CUELLAR** ocupó el puesto 74 en el concurso de méritos del área administrativa y financiera del año 2008, para el cargo de Auxiliar I del Grupo 2, pues así lo denota el Acuerdo 040 del 13 de julio de 2015⁶, y de acuerdo a lo consignado en la convocatoria No. 004 de 2008, para este cargo y Grupo, se ofertaron 87 empleos, motivo por el cual, emerge

⁵ Ibidem

⁶ Por medio del cual se publica la Lista de Elegibles definitiva conformada para la provisión de los cargos convocados a través de la Convocatoria N° 015-2008 una vez atendidos los recursos de reposición interpuestos contra los listados definitivos publicados en febrero de 2015 dentro del concurso de méritos del área administrativa y financiera del año 2008

suficientemente claro que la accionante se encuentra en orden de elegibilidad para llenar una las vacantes correspondientes en periodo de prueba.

3.3.7. De acuerdo con lo anterior, y como quiera que a la fecha no se tiene noticia de que se haya producido el nombramiento de la señora **SUSANA BENITEZ CUELLAR** en periodo de prueba, es más la misma accionada acepta la no realización del acto, no obstante haberse superado el término de 20 días hábiles estimado en líneas atrás como adecuado jurídica y fácticamente para proceder con su vinculación, refulge palmario que la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** ha **vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso en condiciones de igualdad y oportunidad a los cargos públicos.**

3.4. En consecuencia, se hace necesaria la intervención del Tribunal como juez constitucional, quién con asiento en los últimos postulados de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia⁷ TUTELARÁ a la accionante los aludidos derechos fundamentales y ORDENARÁ a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** que en el término de VEINTE (20) DÍAS HÁBILES, contados a partir de la notificación de ésta sentencia, proceda a nombrar en estricto orden de mérito y en forma descendente, a las personas que se encuentren en el registro de elegibles, hasta alcanzar el puesto que aquella obtuvo en el concurso de méritos. Nombramiento que, además, debe realizarse en los precisos términos de la convocatoria, y en el lugar y dependencia previstos en ese acto administrativo.

3.5. Dado que la **COMISIÓN DE CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA** no tuvieron participación alguna que repercutiera en la vulneración *iustificada* encontrada y a su cargo no está la provisión de empleos vacantes, se ORDENARA su DESVINCULACIÓN.

3.6. No está demás mencionar que esta decisión no supone la pretermisión o una indebida alteración del orden de méritos para proveer los cargos ofertados, ni desconoce la estabilidad laboral reforzada que eventualmente pueden ostentar algunas de las personas que actualmente se encuentren nombradas en provisionalidad, como ahincadamente lo alega la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**; pues en todo caso, para el cumplimiento del mandato constitucional habrá que atender el puntaje que la promotora obtuvo dentro de la lista de elegibles, el respeto al nombramiento de los concursantes que se encuentran en forma precedente dentro del mismo registro y procurar que las personas que gocen de especial protección sean las “*últimas en ser desvinculadas*” pues en todo caso “*prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos*”⁸.

⁷ Sentencia del 30 de marzo de 2016 (STL4457-2016). Rad. 63861 MP. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

⁸ Sentencia SU-070 de 2013

4. RESOLUCIÓN:

Consecuente con lo expuesto, el Tribunal Superior de Guadalajara de Buga, Sala Quinta Civil – Familia de Decisión, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato constitucional, adopta la siguiente,

DECISIÓN:

PRIMERO: TUTELAR los derechos al debido proceso y de acceso al empleo público de la señora **SUSANA BENITEZ CUELLAR**, por las razones anotadas previamente en el acápite considerativo de esta sentencia.

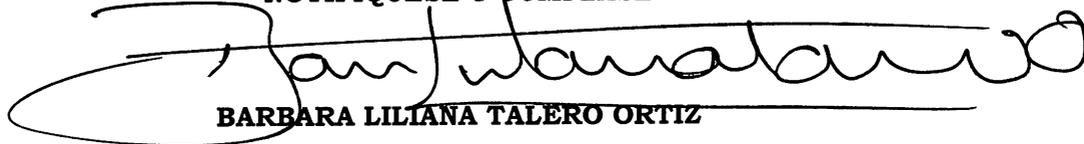
SEGUNDO: ORDENAR a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, que dentro del término improrrogable de VEINTE (20) DÍAS HÁBILES siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a dar continuidad al proceso de nombramiento en período de prueba a la accionante, en uno de los 87 cargos ofertados en período de prueba en la Convocatoria No. 015 de 2008 de Auxiliar I del Grupo 2, atendiendo el puntaje que la promotora obtuvo dentro de la lista de elegibles y el respeto al nombramiento de los concursantes que se encuentran en forma precedente dentro del mismo registro.

TERCERO: DESVINCULAR de la presente acción de tutela a la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA** y a la **COMISIÓN DE CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

CUARTO: NOTIFICAR el presente fallo a quienes concierne por telegrama o por otro medio expedito, a más tardar al día siguiente de haberse proferido.

QUINTO: REMITIR el expediente dentro de los diez días siguientes a la H. Corte Constitucional para lo de su competencia Art. 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


BARBARA LILIANA TALERÓ ORTIZ

Magistrada Ponente


MARIA PATRICIA BALANTA MEDINA

Magistrada


FELIPE FRANCISCO BORDA CAICEDO

Magistrado