

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
-SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS N° 1-**

**MAGISTRADO PONENTE
AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
APROBADO ACTA N°217**

Bogotá, D.C., ocho (8) de julio de dos mil diez (2010).

ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por la accionante, **OLFA YOLANDA POPÓ AMBUILA**, contra la sentencia dictada por la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, que le negó la acción de tutela instaurada contra la Fiscalía General de la Nación y la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la misma entidad.

ANTECEDENTES

1. Fundamentos de la acción

OLFA YOLANDA POPÓ AMBUILA labora en la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, en provisionalidad, en el cargo de Asistente Judicial IV desde el 3 de mayo de 2005, previo desempeño de los

cargos de Auxiliar Administrativo III y Asistente Judicial II desde el 23 de mayo de 2000, también designada en provisionalidad.

El 23 de abril de 2010, mediante oficio 60000-6 la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Cali, le comunica que por Resolución numero 0-886 del 15 de abril de 2010, proferida por la Fiscalía General de la Nación, se da por terminado su nombramiento en provisionalidad como Asistente Judicial IV, ello, con el fin de garantizar a quienes obtuvieron por méritos el derecho a ser nombrados e ingresados en periodo de prueba a términos de la Convocatoria 006 de 2007.

Manifiesta que ella también participó en el concurso para ese cargo, sin que clasificara lo que le impidió hacer parte de la lista de elegibles, circunstancia que le hubiere permitido permanecer en el cargo o ascender.

Considera, que no obstante existir otras motivaciones de carácter constitucional inherentes al ser humano, las que han de ser tenidas en cuenta al momento de dar por terminado la relación laboral de una persona, como lo es -en su caso- el sin sinnúmero de patologías, dolencias derivadas de enfermedad profesional y común, además un accidente de trabajo ocurrido el 16 de noviembre de 2007, valorado y evaluado por la Junta de Calificación Laboral, determinando una pérdida de capacidad laboral del 12.34%, la que fue objeto de indemnización por enfermedad permanente parcial, igual, es mujer soltera cabeza de familia.

Con base a estas especiales condiciones solicitó a la fiscalía el reconocimiento y protección de su estabilidad laboral mediante escrito del 8 de febrero de 2010, con el fin de obtener la suspensión del proceso de aplicación de la lista de elegibles, el que fuera respondido en oficio 1090 del 16 de marzo de 2010, por la Comisión Nacional del Servicio Civil CNAC, en forma adversa.

Por lo anterior, la actora considera que se están vulnerando sus derechos a la salud en conexidad con la vida, a la seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada, concomitantes con los derechos de los niños y de las personas discapacitadas mentales y mujer cabeza de familia, al haberse decidido dar por terminado su nombramiento en provisionalidad por parte de las entidades accionadas.

Solicita se ordene a la autoridad demandada se le mantenga en el cargo que desempeña y como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable suspender o dejar sin efectos la resolución 0-886 del 15 de abril de 2010, a través de la cual se da por terminada su nombramiento en provisionalidad, en el cargo de Asistente Judicial IV.

2. La respuesta

La Fiscalía General de la Nación concurre al trámite, aclarando que la actora participó en el Concurso de Méritos, sin que hubiera superado la etapa eliminatoria, de manera que la persona que por mérito se hizo merecedora de ocupar el cargo,

fue nombrada y actualmente se encuentra en periodo de prueba, por lo que solicita que la acción de tutela se declare improcedente.

Además, el artículo 70 de la Ley 938 de 2004, determina claramente que la provisionalidad no genera derechos de carrera, y que cuando se puede proveer un cargo mediante concurso, se excluye aquella. Idéntica postura ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 2007, esto es, si bien los funcionarios designados en provisionalidad gozan de una estabilidad intermedia, por lo que para declarar su insubsistencia se exija que el acto sea motivado, también lo es que no ostentan derechos de carrera y que por tanto un motivo justo para dar por terminada la provisionalidad, es el que se fundamenta en el nombramiento de quien ocupa el lugar en el concurso de meritos.

Por último, la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Santiago de Cali, certifica con fecha 21 de mayo de 2010 que la accionante está vinculada a la entidad como Asistente Judicial IV en provisionalidad, contando con su remuneración salarial y seguridad social.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 25 de mayo de 2010, la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, negó el amparo solicitado por las siguientes razones:

Conforme a la Constitución los empleos en los órganos de las entidades del Estado son, por regla general, de carrera, y se accede a ella a través de un concurso de méritos. La Ley 938 de 2004, por la cual se adopta el estatuto orgánico de la Fiscalía, regula en su artículo 60 el sistema de concurso para la entidad y allí se establece que la provisión de cargos en carrera se efectuará mediante nombramiento en propiedad una vez superado el periodo de prueba de 3 meses.

Por otro lado, tampoco puede la quejosa alegar la vulneración de garantías fundamentales, especialmente del mínimo vital, toda vez que no ha sido desvinculada de la institución, luego no concurre un perjuicio irremediable, por lo que se encuentra vinculada y sigue gozando de su protección social.

En este sentido, convino el tribunal superior en que no existe razón jurídica que conlleve a la protección constitucional que se implora, como quiera que se trata de un cargo que la tutelante viene desempeñando en provisionalidad, por tanto sometida a la expectativa de desvinculación, más aun frente a la aplicación del concurso de méritos.

LA IMPUGNACIÓN

Los argumentos se muestran idénticos a los hechos de la demanda de tutela.

CONSIDERACIONES

1. El problema jurídico

La Sala debe determinar si la Fiscalía General de la Nación vulneró a la accionante sus derechos a la salud en conexidad con la vida, a la seguridad social y a la estabilidad laboral reforzada, concomitantes con los derechos de los niños y de las personas discapacitadas mentales y mujer cabeza de familia, con la resolución 0-886 del 15 de abril de 2010, en virtud de la cual se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad en el cargo de Asistente Judicial IV, para en su lugar, designar a una persona que se encuentre en lista de elegibles dentro de la convocatoria realizada.

2. La carrera, una exigencia constitucional en los empleos de las entidades del Estado. No se afectan derechos cuando se termina la provisionalidad para nombrar personas de la lista de elegibles

2.1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta Política la regla general en los empleos de los órganos y entidades del Estado es la *carrera*. Los empleos de carrera se caracterizan porque tanto el ingreso como el ascenso están

determinados por el mérito, lo que implica un derecho a la estabilidad. Por eso, quienes han accedido a dichos cargos, como consecuencia de un concurso, pueden permanecer en ellos mientras cumplan en forma eficiente con sus funciones y sólo podrán ser removidos por las causas señaladas en la ley.

Cosa distinta, ocurre con los empleos de libre nombramiento y remoción, pues quienes han sido nombrados a través de esa modalidad tienen una estabilidad precaria. Lo que indica que pueden ser destituidos de su cargo por la voluntad discrecional del nominador, siempre, eso sí, que la decisión no sea arbitraria y se funde en la necesidad de asegurar el debido cumplimiento de la función pública¹.

Ahora, cuando por necesidades del servicio y ante la imposibilidad de convocar a concurso de méritos, la administración decide nombrar a una persona con carácter provisional en un cargo de carrera, no puede proceder a su desvinculación sin que el acto administrativo correspondiente se encuentre motivado.

2.2. La administración, sin duda, se encuentra obligada a motivar sus actos administrativos a efectos de garantizar los principios de legalidad, publicidad, el derecho al debido proceso, y de evitar arbitrariedades en el ejercicio de su función. De manera que, por regla general, los actos por medio de los cuales desvincula a una persona de su cargo deben ser motivados.

¹ *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencia C-838 del 23 de septiembre de 2003.

La garantía del derecho fundamental al debido proceso se predica tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas. La administración debe sujetar su actuación al respeto de las formas previamente definidas, a la salvaguarda de los principios de contradicción e imparcialidad y a la garantía de que sus decisiones se adoptarán respetando las etapas y procedimientos señalados en el ordenamiento jurídico, de manera que sus actos no resulten arbitrarios y contrarios a principios constitucionales.

Sobre la necesidad de motivación de los actos administrativos de desvinculación, la jurisprudencia constitucional ha sostenido:

“Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en un indefensión constitucional. El art. 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio *audiatur et altera pars*, ya que de no ser así, se produciría la indefensión. La garantía consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis.

(...)

Es, pues, de la esencia de las garantías de protección, la posibilidad de debatir, de lo contrario se cae en indefensión y, por ende, se restringe y viola el debido proceso en su fase de la defensa.

No es lógico ni justo que al afectado por un acto administrativo de desvinculación (salvo en los casos de libre nombramiento y remoción) no se le indica el motivo del retiro para que se defienda del en señalamiento que se le hace.

Y si ello ocurre (desvinculación sin motivación) se viola el debido proceso consagrado en el artículo 29 C.P. para 'actuaciones judiciales y administrativas', porque se coloca en indefensión a la persona afectada, ya que no puede hacer una real defensa jurídica y esto repercute en el acceso a la justicia establecido en el artículo 229 C.P.

(...)

El hecho de ser interino (que no es igual a libre nombramiento y remoción) no implica autorización para la no motivación del decreto que los retire. Si el nominador retira a un Notario interino y éste no es reemplazado por un Notario en propiedad, previo concurso, el acto administrativo que contiene la desvinculación debe incluir las razones formales y materiales, normativas y fácticas, que motivaron el retiro, de acuerdo con el parámetro ya señalado de que es por motivos de interés general que afecten el servicio por lo que puede producirse el retiro.

La falta de motivación de ese acto del Estado que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra del derecho porque la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso-administrativo, y, por ende, la falta de motivación se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia (artículo 229).”²

2.3. Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que la obligación de motivar las decisiones de insubsistencia de un

² Sentencia SU-250 del 26 de mayo de 1998.

nombramiento de carrera, se extiende a aquellos casos en los que la persona desvinculada estuviere ocupando el cargo de manera provisional.

En efecto, aunque el carácter de esos nombramientos es transitorio, quien ocupa un cargo de carrera en provisionalidad goza de cierta estabilidad laboral, y su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como sí es admisible para los cargos de libre nombramiento y remoción³. Y, de omitirse tal deber, se afecta el debido proceso del trabajador⁴. Es imperioso que esa medida se adopte como consecuencia de una falta disciplinaria o *porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.*

3. El sistema de carrera en la Fiscalía y el caso concreto. El deber legal de agotar las listas

3.1. El artículo 59 del Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación -Ley 938 de 2004- clasifica los empleos, según su naturaleza y forma de ser provistos, en (i) de libre nombramiento y remoción y (ii) de carrera, siendo estos últimos la regla general. Allí se contempla un régimen de carrera propio sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación del desempeño, cuya administración corresponde a la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la entidad.

³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-222 del 10 de marzo de 2005.

⁴ Cfr. Sentencias T-395 del 15 de mayo de 2003, T-752 del 28 de agosto de 2003, T-132 del 17 de febrero de 2005 y T-454 del 2 de mayo de 2005.

Una vez realizado el concurso, que se rige por las reglas fijadas en la convocatoria y que son obligatorias tanto para la administración como para los participantes, se conforma la lista de elegibles y, de acuerdo con el puesto que se ocupe dentro de ese registro, quien obtenga el derecho a ser nombrado ingresará en período de prueba por tres meses. Superado este se procederá a su calificación y de ser satisfactoria será nombrado en propiedad y escalafonado en la carrera⁵.

Por manera que quien ocupa en provisionalidad un cargo de carrera no adquiere derecho a permanecer en el mismo, su estabilidad es precaria, pues para el momento en que se surta concurso de méritos y se expida la lista de elegibles surge una causa legal para ser retirado y reemplazado por una persona que participó, superó las etapas y quedó incluida en el registro.

3.2. De las diligencias obrantes en el expediente se tiene lo siguiente:

La actora se encuentra en provisionalidad desempeñando un cargo de carrera en la Fiscalía, Asistente Judicial IV.

La entidad realizó un concurso de méritos para proveer varios cargos, entre ellos, 624 de Asistente Judicial IV, mediante convocatoria 006 del 2007.

La accionante participó en el mismo, sin que superara la etapa de preselección.

⁵ Artículos 61 y siguientes de la Ley.

Con el fin de proveer los cargos en orden de mérito, la fiscalía expidió, entre otras, la resolución 0-0886 del 16 de abril de 2010, en virtud de la cual nombró en periodo de prueba a quienes ocuparon los puestos del 585 a 624 y, como consecuencia de ello, dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de otros servidores que “no concursaron, no aprobaron las pruebas correspondientes o no figuran dentro del rango de elegibles para los cargos convocados a concurso”⁶, entre ellas la peticionaria.

De lo anterior surge incontrastable que la desvinculación de la peticionaria no fue caprichosa ni arbitraria y que el acto respectivo responde al cumplimiento de normas legales y constitucionales. Una justa causa para dar por terminada la provisionalidad de un cargo de carrera es el nombramiento de una persona que participó en el concurso, que figura en la lista de elegibles.

De manera pues que por ese motivo no se vulneró derecho alguno.

3.3. Por último la demandante aduce que la Fiscalía, debido a su condición delicada de salud y como madre cabeza de familia, además de las múltiples obligaciones económicas, debe dejar sin efectos o suspender el acto que ordeno su desvinculación, sin embargo tal solicitud tampoco ha de ser atendida, como que en el expediente se conoce que sigue vinculada a la entidad, según

⁶ Folio 11 del cuaderno del Tribunal.

certificado emitid⁷, que si bien en algún momento se materializará su despido, ello no se ha materializado, sigue recibiendo todas las contraprestaciones laborales a las que tiene derecho, por lo que el juez constitucional no está llamado a inmiscuirse en este asunto, como así también lo pone de presente el a quo.

En lo que tiene que ver con el derecho a la estabilidad reforzada, alegado por la peticionaria, poniendo de precedente la sentencia C-470 del 25 de septiembre de 1997 de la Corte Constitucional, se ofrece palmario que la situación conocida no se enmarca dentro de los parámetros establecidos en sede constitucional, por cuanto, solo de manera especial protege a personas minusválidas y mujeres embarazadas, lo que hace inviable la acción pretendida.

Así las cosas, resulta evidente que no se avizora quebrantamiento a los derechos fundamentales de la actora, lo que impide que el juez constitucional declare la nulidad del acto que señala lesivo, como que ello desnaturalizaría su naturaleza, por cuanto la competencia para esta clase de discusiones está en cabeza de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa.

La pretensión del libelista riñe abiertamente con el carácter subsidiario de la acción de tutela, toda que éste no es el escenario propicio para cuestionar las decisiones administrativas proferidas por los entes accionados, sino la jurisdicción contencioso administrativa, donde el interesado cuenta con la

⁷ Folio 204 del cuaderno del Tribunal.

posibilidad de adelantar un amplio debate probatorio en torno a los reproches aquí formulados.

Cuando del proceso de tutela no surge con claridad el derecho o derechos que se reclaman, el asunto adquiere un carácter estrictamente litigioso que, por lo mismo, resulta ajeno a la competencia del juez de tutela.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N° 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia impugnada.

Segundo. Disponer el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de los fallos proferidos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
Magistrado Ponente

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Magistrado

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
Magistrado

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria