

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Obligatoriedad de las reglas y sus alcances reiterada en SU446/11

CONVOCATORIA A CONCURSO DE MERITOS-Importancia

REGLAS DEL CONCURSO DE MERITOS-Son invariables

FISCAL GENERAL DE LA NACION-Grado de discrecionalidad para definir en el marco de la planta global, los cargos específicos que serían provistos con el registro de elegibles

REGISTRO DE ELEGIBLES EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION PARA PROVEER CARGOS POR FUERA DEL NUMERO DE CONVOCADOS-Utilización implicaría una modificación e inobservancia de las pautas de las diversas convocatorias por vulneración del principio de confianza legítima, seguridad jurídica y mandato del artículo 125 constitucional

ACCION DE TUTELA CONTRA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Improcedencia de reintegro por cuanto accionante no goza de un derecho indefinido a permanecer en el cargo y le fue reconocida pensión de jubilación

Referencia: expediente T-3269957

Acción de tutela instaurada por Francisco Javier Ortega, contra la Fiscalía General de la Nación

Procedencia: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”

Magistrado ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., treinta (30) de marzo de dos mil doce (2012)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido en segunda instancia por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", en septiembre 21 de 2011, dentro de la tutela interpuesta por el señor Francisco Javier Ortega, contra la Fiscalía General de la Nación.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión efectuada por la Secretaría General del Consejo de Estado, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala Once de Selección de la Corte lo eligió en noviembre 30 de 2011, para su revisión.

I. ANTECEDENTES

El señor Francisco Javier Ortega promovió acción de tutela en julio 12 de 2011, contra la Fiscalía General de la Nación, reclamando el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso, el acceso a un cargo público, el trabajo, la seguridad jurídica y el mínimo vital, según los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y narración efectuada en la demanda

1. El actor de 58 años, aseveró haber sido designado como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Pasto en provisionalidad, desde julio 17 de 2006 hasta abril 28 de 2010, cuando mediante Resolución 0963 el Fiscal General dio por terminado el nombramiento, a menos de tres años de su jubilación y designó al señor Orlando Julián Patiño Meza, en período de prueba.

2. Afirmó que el referido acto administrativo vulneró sus derechos a la igualdad, al debido proceso, al acceso al desempeño de cargos públicos, al trabajo y al mínimo vital.

3. Explicó que es padre cabeza de familia y que a su cargo se encuentran su cónyuge, dos hijos, uno menor de edad, al igual que su nieta, por lo que para su manutención acudió a diferentes créditos bancarios y se dedicó a labores distintas a las de su profesión.

4. Refirió que la Fiscalía General de la Nación realizó una convocatoria en el 2007 para proveer 52 cargos de Fiscales Delegados ante Tribunal, aun cuando "las provisionalidades de esta naturaleza eran 116 y hoy 144"¹.

Aseveró que al no convocarse para proveer todos los cargos disponibles, algunos

funcionarios provisionales como él no participaron en el concurso, pues “no había posibilidades de remoción en razón del número de cargos que aparecían en la convocatoria”².

5. Indicó que aunque se efectuaron los nombramientos para los cargos convocados, se realizaron otras designaciones fuera de los empleos ofertados, como el del señor Orlando Julián Patiño Meza, quien ocupaba el puesto 58 en la lista de elegibles contenida en el Acuerdo 007 de 2009 de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía CNAC.

6. El actor explicó que el referido movimiento de personal carece de fundamento legal, habida cuenta que no podían proveerse cargos como el que ocupaba, con personas de la lista de elegibles, como quiera que no formaban parte de las 52 plazas sobre las cuales existía vacancia definitiva.

Indicó que efectuadas las designaciones, el concurso respectivo culminó, no siendo posible ampliarlo a los cargos que no fueron objeto de la convocatoria, ni nombrar a otras personas incluidas en el registro de elegibles.

7. Puntualizó que mediante la sentencia SU-446 de 2011, se ordenó que quienes ocupaban cargos que no fueron ofertados en la convocatoria del 2007, debían ser reintegrados, principalmente para proteger a personas en situación de especial protección, como aquellas “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”³.

8. El actor aseveró que mediante escrito de junio 17 de 2011, solicitó a la entonces Fiscal General de la Nación el respectivo reintegro, siendo negado el día 29 del mismo mes y año, argumentando que “la señora Fiscal no se ha notificado en debida forma del contenido de la sentencia de unificación”⁴.

9. Acorde con lo reseñado, el demandante solicitó el amparo de los derechos invocados, ordenar a la accionada revocar la Resolución 0963 de abril 28 de 2010 y reintegrarlo al cargo que ocupaba como provisional en Pasto.

B. Documentos relevantes allegados en copia por el demandante

1. Registros civiles de nacimiento y de matrimonio del señor Francisco Javier Ortega y de nacimiento de sus hijas y su nieta⁵.
2. Oficio del Coordinador del Grupo de Carrera de la Fiscalía General de la Nación donde se indicó al actor que la sentencia SU-446 de 2011 no había sido notificada, por ende una vez cumplido dicho acto, “se comunicará a todos aquellos que crean cumplir con las condiciones prescritas en el artículo 3º de la sentencia..., las fechas para la presentación de sus solicitudes, así como la documentación que deben aportar para acreditar formalmente la condición especial que pretendan hacer valer”⁶.
3. Certificación de tiempo de servicios prestados por el actor a la accionada⁷ y actos administrativos de nombramientos en diferentes entidades como la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño⁸, la Contraloría General⁹ y la Gobernación de Nariño¹⁰, el Senado de la República¹¹ y la Alcaldía de Pasto¹².
5. Certificación de salarios para bono pensional expedida por la Contraloría General de Nariño¹³.
6. Certificación del Banco AV Villas de julio 11 de 2011, donde se indicó que el accionante contrajo una obligación por \$50'000.000, cuyo saldo para ese momento era de \$49'098.27¹⁴.
7. Estado de cuenta de un crédito en Bancolombia por \$55'773.13¹⁵.
8. Declaraciones extrajuicio donde se indica que el demandante tiene a cargo a su esposa, “ama de casa”, a sus dos hijas y a su nieta¹⁶.
9. Resolución 0-2183 de julio 17 de 2006 y acta de posesión de agosto 3 siguiente, mediante la cual el Fiscal General de la Nación nombró al actor en el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Pasto, en provisionalidad¹⁷.
11. Resolución 1140 de mayo 28 de 2010, mediante la cual se rechazó por improcedente un recurso de reposición interpuesto por el demandante contra la Resolución 0963 de 2010¹⁹.

12. Registro definitivo de elegibles para proveer el cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito Judicial, entre otros²⁰.

13. Acuerdo 003 de 2010, mediante el cual la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía General de la Nación modificó el registro definitivo de elegibles para proveer unos cargos²¹.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de julio 14 de 2011²², el Tribunal Administrativo de Nariño admitió esta acción de tutela y ordenó notificar a la entonces señora Fiscal General de la Nación y vincular al señor Orlando Julián Patiño Meza por resultar interesado en el resultado del trámite del proceso.

2.1. Respuesta del señor Orlando Julián Patiño Meza

En escrito de julio 19 de 2011²³, el señor Orlando Julián Patiño Meza indicó que la acción de tutela es improcedente por subsidiariedad, como quiera que el actor cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Indicó que contrario a lo expuesto en la demanda, los nombramientos realizados obedecen al cumplimiento del concurso 004 de 2007 y a la lista de elegibles contenida en el Acuerdo 007 de 2008, modificado por el 032 de 2009 y aclarado por el 001 de enero 29 de 2010, en cuyo cumplimiento se realizaron los nombramientos de los 52 cargos ofertados.

Expresó que fue nombrado luego de superar el concurso e inscrito en carrera desde octubre 11 de 2010, tomando posesión como Fiscal Delegado ante el Tribunal de Pasto, en propiedad, desde septiembre 27 siguiente.

Luego de citar apartes de la Resolución 0963 de 2010, agregó que los nombramientos se realizaron en el estricto orden del registro definitivo de elegibles, tal como se constata en la referida Resolución, siendo designadas exclusivamente las personas que ocuparían las 52 vacantes.

Explicó entonces que el acto administrativo censurado por el demandante sí está ampliamente motivado, por ende el actor fue desvinculado porque no participó en el

concurso, careciendo de derecho alguno.

Aseveró que si bien ocupó temporalmente el lugar 58 en la lista de elegibles, “sin la reclamación de actualización en la lista de elegibles porque ya no era necesario debido a que se me había nombrado y cumplía período de prueba”²⁴, 7 de los aspirantes que lo antecedían no aceptaron o renunciaron al nombramiento, como se desprende de la aludida Resolución.

Afirmó que en la sentencia SU-446 de 2011, la Corte señaló que en el caso de existir vacantes, la Fiscalía debía dar oportunidad a personas en ciertas situaciones de especial protección, dentro de las cuales no se encuentra el demandante, máxime que la presunta afectación al mínimo vital invocada no puede ir en detrimento de los derechos adquiridos una vez nombrado.

Agregó que no existe tal afectación al mínimo vital, si se considera que (i) la acción de tutela fue interpuesta transcurrido más de un año del retiro; (ii) el demandante afirma que es un profesional que se ha dedicado a otras actividades, por lo que tiene la capacidad para laborar y (iii) una capacidad de endeudamiento como se desprende de las obligaciones bancarias que posee.

Expuso que el actor aunque invoca que es sujeto de especial protección, pues se encuentra a menos de 3 años de adquirir el derecho a pensionarse, no demuestra tal situación.

Acorde con lo expuesto, afirmó que su nombramiento no desconoce los derechos invocados; sin embargo, acceder a las pretensiones de la demanda conllevaría desconocer sus derechos a la carrera y a la seguridad jurídica.

Junto con el reseñado escrito, allegó copia de los siguientes documentos:

1. Resolución 0107 de octubre 11 de 2010, mediante la cual la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía ordenó la inclusión de unos servidores en el registro único de inscripción en carrera RUIC, entre ellos el señor Orlando Julián Patiño Meza, quienes fueron calificados satisfactoriamente en el período de prueba y nombrados en propiedad²⁵.

3. Calificaciones de desempeño como Fiscal Delegando ante ese Tribunal²⁷.

4. Certificaciones de matrícula inmobiliaria de bien propiedad del accionante²⁸.

2.2. Respuesta de la Fiscalía General de la Nación

En escrito de julio 22 de 2011²⁹, la Jefe de la Oficina de Personal y Secretaria Técnica de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera CNAC de la accionada solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, pues la tutela es improcedente para cuestionar la legalidad de los actos administrativos.

Explicó que si bien el demandante fundó sus censuras en la sentencia SU-446 de mayo 26 de 2011, la cual no era conocida en su integridad por esa entidad, allí se ordenó que el personal que ocupara cargos distintos a los ofertados, conservan su provisionalidad hasta tanto se surta un nuevo concurso o se presenten circunstancias que ameriten su desvinculación.

Agregó que la Fiscalía General de la Nación, luego de realizar la convocatoria pública para proveer ciertos cargos y recibir la lista de elegibles de la CNAC, conformó el registro definitivo para realizar los respectivos nombramientos.

Indicó que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema en fallos de febrero 4 y 17 de 2010, ordenó efectuar los nombramientos de “todos los cargos que componen la planta de personal de la entidad, en virtud del registro de elegibles conformado en desarrollo del concurso público,...respetando en todo momento el orden descendente del mencionado registro”³⁰.

Aseveró que acatando los fallos referidos, la Fiscalía expidió la Resolución 0936 de 2010, motivada en esa decisión, en la cual dio por terminado el nombramiento del actor, quien no participó en el concurso, y designó a las personas que constitucional y legalmente estaban en el registro de elegibles.

Igualmente indicó que si bien las personas en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral intermedia, no ostentan derecho de carrera, por tanto es un “motivo justo”, dar por terminada la provisionalidad cuando se nombra en carrera a quien ocupa un lugar en el registro definitivo de elegibles.

2.3. El fallo de primera instancia

En fallo de julio 26 de 2011³¹, el Tribunal Administrativo de Nariño declaró improcedente el amparo pues la tutela, por regla general, no procede cuando existe un mecanismo ordinario como es la acción contenciosa, salvo que exista un eventual perjuicio irremediable.

Al respecto explicó que la acción de amparo se caracteriza por su protección inmediata, pero en el presente asunto se interpuso 15 meses después de los hechos que presuntamente desconocieron derechos fundamentales.

2.4. Impugnación

2.5. El fallo de segunda instancia

En fallo de septiembre 21 de 2011, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”³³, revocó el impugnado y amparó los derechos al trabajo, la igualdad y el debido proceso. En consecuencia, ordenó a la Fiscalía General de la Nación “abstenerse de proveer cargos de Fiscal Delegado ante Tribunal Superior de Distrito Judicial que sobrepase el rango de las 52 plazas ofertadas mediante la Convocatoria 004 de 2007 y reintegrar al señor Ortega al cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal Superior de Distrito Judicial en Pasto, mientras se surte un nuevo concurso o se presenten circunstancias que ameriten la remoción del actor por cualquier otra causa”³⁴.

Luego de explicar trámites previos del concurso realizado por la accionada, afirmó que la convocatoria realizada para proveer el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Pasto era de 52 plazas, y ante la existencia de otras vacantes, la Fiscalía no podía extender los alcances de la convocatoria inicial.

Agregó que al efectuarse los 52 nombramientos, el concurso culminó, luego la Fiscalía no podía designar otras personas incluidas en el registro de elegibles, para proveer aquellos cargos vacantes.

Afirmó que mediante la Resolución 0963 de 2010 se nombró a quienes se encontraban en las plazas 53 a 59, por ende la accionada superó el rango de nombramientos ofertados, desconociendo las normas de la convocatoria y con ello el derecho a la igualdad de quienes no optaron por participar en el concurso y ocupaban cargos que no habían sido previamente ofertados.

2.6. Escrito dirigido por la accionada al ad quem

En escrito de octubre 25 de 2011³⁵, la Jefe de la Oficina de Personal y Secretaria Técnica de la CNAC expresó que la Fiscalía General de la Nación está en “imposibilidad jurídica” de acatar el fallo, pues los cargos fueron debidamente provistos, acorde con el concurso, en noviembre de 2010, cumpliendo incluso la decisión de la Sala de Casación Penal.

Igualmente, explicó que en la planta de personal de la Fiscalía no existe una vacante para Fiscal Delegado ante Tribunal Superior en el país, por lo que acatar el fallo implicaría retirar a un funcionario debidamente vinculado, desconociendo la confianza legítima, la buena fe y la seguridad jurídica.

2.7. Solicitud dirigida por el señor Orlando Julián Patiño Meza a la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional

En escrito de enero 31 de 2007³⁶, el señor Orlando Julián Patiño Meza pidió revisar la decisión del ad quem, pues sí se respetaron las reglas del concurso. Indicó que si bien en la Resolución 0963 de 2010 se acudió hasta la casilla 59 de las personas elegibles, debido a la renuncia o a la no aceptación de quienes antecederían en el listado, solamente se cubrieron los 52 cargos ofertados.

Sostuvo que al momento de interponerse la acción de tutela, el demandante ya se encontraba jubilado, pues el Instituto de Seguros Sociales ISS le reconoció la pensión mediante Resolución 3568 de noviembre 10 de 2010³⁷.

Agregó que el demandante interpuso una acción de amparo ante el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto para obtener el reajuste de su pensión, resultando favorable en fallo de mayo 24 de 2011, es decir, ya estaba jubilado al momento de incoar esta acción³⁸.

Indicó también que el ISS mediante Resolución 1963 de julio 26 de 2011, reajustó la pensión reclamada, ordenó el pago de los retroactivos correspondientes y depositó dicho valor en la cuenta del demandante³⁹.

Para acreditar lo expuesto, junto con el escrito reseñado se allegó copia de la referida Resolución proferida por el ISS⁴⁰.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia

Segunda. El asunto objeto de discusión

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si los derechos fundamentales invocados por el señor Francisco Javier Ortega, fueron conculcados por la accionada al terminar su nombramiento en provisionalidad, para designar en carrera administrativa al señor Orlando Julián Patiño Meza, quien se encontraba en el puesto 58 de la lista de elegibles para proveer uno de los 52 cargos de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito, convocados a concurso.

Para resolver la situación planteada, la Sala recordará los principales argumentos de la sentencia SU-446 de mayo 26 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, donde la Corte aunque reiteró la especial protección de ciertos sujetos, entre ellos, los prepensionados, exigible también frente a la convocatoria realizada por la Fiscalía, insistió en la prevalencia de los derechos de quienes “ganan” un concurso público de méritos.

Acto seguido examinará si en el presente asunto dicha entidad desconoció los derechos del actor o, por el contrario, si sus actuaciones se ajustaron a los parámetros constitucionales y legales inherentes a los concursos de méritos.

Tercera. La obligatoriedad de las reglas del sistema de carrera administrativa y del concurso de méritos. Reiteración de jurisprudencia

3.1. Como se anunció con antelación, la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-446 de 2011⁴¹, se pronunció acerca del concurso público de méritos iniciado por la Fiscalía General de la Nación en el 2007, para proveer una serie de cargos mediante el sistema de carrera administrativa.

En ese fallo esta corporación recordó que la carrera administrativa es un principio de raigambre constitucional⁴², contenido en el artículo 125 superior que establece el mérito⁴³ como el criterio para proveer cargos públicos, el cual se materializa idóneamente mediante el concurso público.

La Corte indicó que la convocatoria es la norma reguladora de todo concurso⁴⁴ que obliga a

la administración, a las entidades contratadas para efectuarlo y a los concursantes; actores que deben respetar y observar todas las reglas y condiciones, al igual que los principios de la función pública⁴⁵, como la transparencia, la publicidad, la imparcialidad y las expectativas legítimas.

En la sentencia que se viene reiterando se explicó que las reglas del concurso son invariables, tal como expuso la Corte Constitucional en el fallo SU-913 de diciembre 11 de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, donde se revisaron una serie de expedientes de acciones de tutela interpuestas con ocasión del concurso público de méritos realizado para designar notarios en el país.

En la sentencia SU-913 de 2009, tal como se consignó en la SU-446 de 2011, se precisó que las reglas que rigen una convocatoria a concurso público para acceder a un cargo de carrera son intangibles en todas las etapas, salvo que vulneren la Constitución, la ley o derechos fundamentales, pues de lo contrario se desconocería el derecho a la igualdad.

3.2. En dichos fallos se puntualizó que la convocatoria y la lista de elegibles, una vez en firme, son inmodificables, toda vez que su desconocimiento conllevaría conculcar los principios de raigambre constitucional como la buena fe y la confianza legítima inherentes al concurso, junto con la afectación de los derechos de los asociados en general y de los participantes.

En igual sentido, en el fallo SU-446 de 2011 se analizó la naturaleza jurídica de la lista de elegibles, sintetizando que se trata de un acto administrativo de carácter particular que permite la provisión de los cargos convocados. Se explicó que su conformación constituye la fase concluyente del sistema de nombramiento por concurso, pues en esa etapa se erige el estricto orden de mérito de quienes deberán ser designados en las plazas ofertadas.

El pleno de esta corporación indicó en el mismo fallo que la lista tiene un carácter temporal, determinado por la vigencia específica fijada, de donde se deriva (i) su obligatoriedad, pues las vacantes convocadas deben ser cubiertas con la lista, durante su vigencia; y (ii) la imposibilidad de que la entidad realice un nuevo concurso en dicho interregno, hasta tanto no se agoten todas las vacantes que fueron inicialmente ofertadas.

La Corte señaló también en aquella decisión que una vez conformada la lista, se materializa

el principio del mérito al que alude el artículo 125 de la Constitución, como quiera que en ese momento la administración queda compelida a proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los ocupados con personas en provisionalidad, siempre que hayan sido ofertados.

Cuarta. La protección especial de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados con relación al concurso de méritos realizado por la Fiscalía General de la Nación. Reiteración de jurisprudencia

4.1. Dentro de los diferentes supuestos analizados en la sentencia SU-446 de 2011 con relación al concurso de méritos convocado por la Fiscalía, la Corte analizó, entre otras, dos situaciones en particular.

En primer lugar, esta corporación estudió la situación de aquellas personas que participaron en particular en la convocatoria 004 de 2007, realizada por la accionada para proveer 52 cargos de Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito Judicial, quienes ocuparon un lugar en la lista de elegibles que superaba el número de plazas por proveer, por ende no fueron nombrados.

En segundo lugar, la Corte estudió la situación de aquellas personas que, entre otras, fueron desvinculadas del cargo en provisionalidad que ocupaban, porque no participaron en el concurso, no alcanzaron el puntaje mínimo requerido o se ubicaban en un lugar en la lista de elegibles que excedía las plazas ofertadas, lo que impedía su nombramiento en carrera administrativa.

4.2. Frente a la primera hipótesis planteada, la Corte indicó que quienes se encontraban en la lista de elegibles y no fueron nombrados por encontrarse en un puesto que excedía las 52 plazas convocadas para Fiscal Delegado ante Tribunal Superior de Distrito, no tenían el derecho a ser designados.

Con todo, se puntualizó que los demandantes en las acciones revisadas en el fallo SU-446 de 2011, que hubiesen sido nombrados por hacer parte del registro de elegibles contenido en el Acuerdo 97 de 2008 y los demás actos complementarios, sin sujeción a la regla del número de plazas a proveer, “seguirían vinculados a la entidad hasta tanto sus cargos sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos

exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenida, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010” (está en negrilla en el texto original).

En el fallo SU-446 de 2011, la Corte indicó expresamente que tendría efectos inter comunis, pues cobija a todas aquellas personas que se encuentren en situaciones jurídicas análogas a las que dieron origen a esa decisión.

Al respecto en esa providencia se indicó (está en negrilla en el texto original):

“Teniendo en cuenta los efectos de la decisión que se adoptará y el número de nombramientos efectuados, la presente sentencia tendrá efectos inter comunis⁴⁶, toda vez que debe cobijar no sólo a quienes interpusieron las tutelas cuya decisión ahora se revoca, sino a todos aquellos que se encuentren en situaciones jurídicas análogas a las que dieron origen a este fallo, como una forma de proteger el derecho a la igualdad. En ese sentido, todas las personas nombradas en la Fiscalía General de la Nación con desconocimiento de la regla del concurso relativa al número de cargos a proveer, quedarán obligadas por esta decisión y no podrán alegar los derechos propios de la carrera de la Fiscalía.”

4.3. En la providencia citada también se analizó la situación de aquellas personas que invocaban alguna circunstancia especial de protección constitucional, que tornaba su desvinculación de los cargos que ocupaban en provisionalidad, vulneradora de derechos fundamentales.

La Corte puntualizó que la Fiscalía General de la Nación gozaba de plena discrecionalidad para establecer los cargos de carácter provisional que serían previstos mediante el concurso de méritos, sin que ello conlleve per se una vulneración de los derechos a la igualdad o al debido proceso.

En el fallo se dijo que el único límite del nominador sería ocupar las plazas convocadas en provisionalidad con quienes hubiesen superado el concurso y ocuparan una casilla en la lista que les permitiera acceder al cargo, sin que los provisionales desvinculados pudiesen invocar la vulneración de derechos, pues fueron “remplazados por una persona que ganó el concurso”⁴⁷.

Para reforzar el anterior argumento, esta corporación recordó que los servidores en

provisionalidad gozan de una estabilidad relativa, como quiera que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo con una persona de carrera, de modo que esa estabilidad “cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”⁴⁸.

4.4. La Corte Constitucional también explicó en el fallo SU-446 de 2011 que pese a esa discrecionalidad reconocida, la Fiscalía estaba en la obligación de dar un trato preferencial a las personas en alguna situación de discapacidad, a las madres y padres cabeza de familia y a quienes se encontraban próximos a pensionarse, es decir, quienes a noviembre 24 de 2008, cuando se expidió el Acuerdo 007 de 2008 que estableció el registro de elegibles, les faltaren 3 años o menos para cumplir los requisitos para acceder a la pensión.

En dicha sentencia se puntualizó que en aquellos tres eventos la Fiscalía debió crear un mecanismo para que fuesen los últimos desvinculados, por tanto, al no hacerlo desconoció el artículo 13 superior; en consecuencia, le ordenó vincularlos en forma provisional, “de ser posible”.

En la sentencia SU-446 de 2011, esta corporación precisó que si bien la Fiscalía no hace parte de la rama ejecutiva del poder público, por tanto no está obligada por el programa de renovación de la administración pública contenido en la Ley 790 de 2002, “razones de igualdad material propias del Estado Social de Derecho que nos rige, imponen a la Sala ordenar al ente fiscal tener especial cuidado con las personas en las situaciones antedichas”.

Al respecto, sin embargo, se recalcó que esas hipótesis no generan una estabilidad indefinida. Para mayor claridad, resulta pertinente citar el aparte correspondiente (en el texto original únicamente se encuentra en negrilla la expresión “de ser posible”):

“En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la

entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.”

Sin embargo, atendiendo la precariedad de la estabilidad en los casos reseñados, la Corte se abstuvo de amparar los derechos de quienes habían sido desvinculados de la institución (negritas en el texto original):

“En el caso de los provisionales que son sujetos de especial protección, si bien la Corte no concederá la tutela porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010.”

Bajo esos supuestos, la Corte Constitucional ordenó a la Fiscalía:

“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.”

Quinta. Análisis del caso concreto

5.1. Corresponde a esta Sala Sexta de Revisión determinar si las garantías invocadas por el señor Francisco Javier Ortega, fueron desconocidas por la Fiscalía General de la Nación, al dar por terminado su nombramiento en provisionalidad como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Pasto, para designar en carrera administrativa al señor Orlando Julián Patiño Meza.

Previo a resolver lo planteado, la Sala procede a efectuar unas precisiones frente al asunto objeto de estudio, pues como se indicó en los antecedentes, en la intervención del señor Orlando Julián Patiño Meza y en el fallo del a quo, la acción resultaría improcedente por ausencia de los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad, al aducirse que el amparo se instauró más de un año después de proferirse el acto administrativo censurado, frente al cual puede incoarse además la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

5.2. Tratándose de la inmediatez como presupuesto procesal del ejercicio de la acción de tutela, cabe recordar que al ser declarado inexecutable el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991⁴⁹, no hay un término de caducidad para su interposición; con todo, ésta debe incoarse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser ponderado por el juez en cada caso concreto.

En efecto, como ha indicado esta misma Sala de Revisión, “no es entendible que quien esté padeciendo un serio quebrantamiento contra un derecho de tal calidad, retarde la petición de protección, acudiendo a un mecanismo precisamente caracterizado por ser preferente, sumario y propiciador de inmediato amparo (art. 86 Const.)”⁵⁰.

Con todo, el lapso transcurrido en el presente asunto sí resulta razonable, habida cuenta que si bien la Resolución 0936 fue proferida en abril 28 de 2010⁵¹ y los recursos interpuestos resueltos desfavorablemente en mayo 28 siguiente⁵², lo cierto es que el actor acudió al amparo en julio 12 de 2011, una vez proferido el fallo SU-446 de mayo 26 del mismo año.

Como se indicó en los antecedentes, el accionante fundamentó la demanda y las pretensiones en su interpretación del referido fallo, el cual, considerando sus efectos inter comunis, constituye un hecho nuevo y totalmente relevante para quienes, como el actor, no habían acudido a la acción de tutela.

5.3. Frente a la subsidiariedad, se afirmó que el demandante podía acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues la Resolución 0936 de 2010 es un acto administrativo de carácter particular, susceptible de ser demandando ante la jurisdicción contencioso administrativa, máxime que no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable.

La Corte ha puntualizado que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es un medio de defensa eficaz e idóneo para proteger derechos como la igualdad o el debido

proceso, en aquellos casos en los cuales se pretende impugnar una actuación de la administración que desconoce el derecho a ser nombrado en carrera, luego de superar el concurso respectivo⁵³.

Esa misma argumentación resulta extensiva para aquellas personas que invocan una condición especial de protección constitucional, contra un acto administrativo que las desvincula de un cargo en provisionalidad, habida cuenta que se encuentran en juego derechos fundamentales como la vida digna, la igualdad, la seguridad social y el mínimo vital, entre otros.

5.4. El demandante planteó que la Resolución 0963 de abril 28 de 2010, mediante la cual el entonces Fiscal General de la Nación dio por terminado su nombramiento y en su lugar se designó en período de prueba al señor Orlando Julián Patiño Meza, desconoció sus derechos fundamentales y su especial condición de padre cabeza de familia y prepensionado.

El actor agregó además que el señor Orlando Julián Patiño Meza ocupaba la casilla 58 en la lista de elegibles, por lo tanto no era dable su nombramiento, pues excedía las 52 plazas para Fiscal Delegado ante Tribunal Superior de Distrito ofertadas por la Fiscalía mediante la convocatoria 004 de 2007.

El señor Orlando Julián Patiño Meza intervino en la actuación indicando que su nombramiento se realizó para cubrir uno de los 52 cargos ofertados, atendiendo a que personas que le antecedian en la lista de elegibles no aceptaron o renunciaron al respectivo nombramiento. Afirmó además que el actor no demostró un perjuicio irremediable, pues al momento de interponer la acción de tutela ya le había sido reconocido el derecho a la pensión.

5.5. Como quedó ampliamente visto, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera CNAC de la Fiscalía General de la Nación, mediante convocatoria 004 de diciembre 12 de 2007, abrió el concurso público de méritos para nombrar en carrera administrativa 52 plazas como Fiscal Delegado ante Tribunal Superior de Distrito Judicial en todo el país.

Surtidos los trámites respectivos, la CNAC conformó y publicó el registro definitivo de elegibles, mediante el acuerdo 007 de noviembre 24 de 2008, el cual fue modificado por los Acuerdos 032 de diciembre 30 de 2009 y aclarado por el Acuerdo 001 de enero 29 de 2010, integrando a todas aquellas personas que debían ser nombradas en período de prueba (art.

68 L. 938 de 2004)⁵⁴.

Acorde con esa normatividad y en cumplimiento de diferentes fallos de tutela, el Fiscal General de la Nación estaba conminado a proveer, en período de prueba, los 52 cargos de Fiscal Delegado ante Tribunal Superior de Distrito Judicial del país ofertados en la convocatoria 004 de 2007.

En consecuencia de lo anterior, mediante la Resolución 0963 de 2010, la Fiscalía nombró en período de prueba, para proveer los 52 cargos ofertados, entre otros, al señor Julián Orlando Patiño Meza quien ocupaba el puesto 58 en la lista de elegibles⁵⁵, y dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del accionante, quien no participó en el concurso⁵⁶.

5.6. Aunque el demandante sostiene que la designación del señor Julián Orlando Patiño Meza en su reemplazo como Fiscal Delegado ante Tribunal Superior de Pasto, excedió el número de plazas ofertadas en el concurso, lo cierto es que en la motivación de la Resolución 0963 de 2010, puntualmente se explicó que la designación de las personas allí nombradas “se realizó para garantizar el ingreso de quienes obtuvieron por mérito el derecho a ser nombrados en período de prueba a efectos de garantizar que los 52 cargos convocados a concurso sean proveídos con personas pertenecientes al Registro Definitivo de Elegibles en estricto orden.”⁵⁷

El nombramiento del señor Julián Orlando Patiño Meza no desconoció las obligatorias reglas fijadas en el concurso, pues se realizó en el estricto orden de la lista de elegibles, para cubrir exclusivamente las 52 vacantes ofertadas.

Bajo tales parámetros, el acto administrativo obligatorio como es la lista de elegibles, obligaba a la Fiscalía General de la Nación a realizar los nombramientos respectivos, porque de lo contrario se desconocerían los derechos adquiridos, la buena fe y la confianza legítima de los concursantes.

5.7. Aunque el actor sostiene que es un sujeto de especial protección por ser padre cabeza de familia, y prepensionado, esa situación no genera un derecho indefinido a permanecer en provisionalidad en un empleo de carrera, pues prevalecen los derechos de quien ganó el concurso de méritos⁵⁸; por lo tanto, no podía concederse la tutela, como se indicó en el fallo SU-446 de 2011.

Sólo en gracia de discusión, siguiendo los lineamientos y efectos inter comunis de dicho fallo, en un evento como el planteado sólo era viable ordenar el reintegro, en el evento de existir vacantes en un cargo igual o equivalente, las cuales no existen como indicó la accionada⁵⁹.

Resulta relevante recordar que el actor interpuso la tutela en julio 12 de 2011, cuando el Instituto de Seguros Sociales ISS ya le había reconocido el derecho a la pensión desde noviembre de 2010⁶⁰, y un juez de tutela en fallo de mayo 24 del mismo año, le había ordenado a esa entidad reliquidar dicha pensión⁶¹.

Al respecto es pertinente citar algunos apartes de la Resolución 1963 de julio 26 de 2011 proferida por el Jefe del Departamento de Pensiones del ISS, Seccional Cauca (no está en negrilla en el texto original):

“...mediante Resolución No. 3568 del 10 de noviembre de 2010, el Instituto del Seguro Social Seccional Cauca concedió pensión de jubilación al asegurado Francisco Javier Ortega..., por cuanto cumplía con las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición según lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y cumplía los requisitos de edad y semanas exigidos por la Ley 33 de 1985.

Que la prestación se reconoció en cuantía inicial de \$6.197.405,00, a partir del 03 de mayo de 2010.

Que contra el anterior acto administrativo el señor Francisco Javier Ortega interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, los cuales fueron desatados mediante Resolución No. 0960 del 28 de marzo de 2011 y 000176 del 01 de abril de 2011, respectivamente.

Que obra en el expediente fallo de tutela del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de San Juan de Pasto, del 24 de mayo de 2011, en el cual Resuelve:

‘Primero.- CONCEDER la acción de tutela instaurada por el doctor Francisco Javier Ortega, a través de apoderado judicial.

Segundo.- ORDENAR al INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, que, en el término improrrogable de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a expedir el acto administrativo mediante el cual reliquide la pensión de jubilación del accionante Dr. Francisco Javier Ortega,

aplicando en su integridad la Ley 33 de 1985, es decir que deberá ajustarse al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año del servicio’.”

Encuentra la Sala que en el presente evento no era factible ordenar el reintegro, como determinó el ad quem, como quiera que el actor (i) no gozaba de un derecho indefinido a permanecer en el cargo al cual accedió quien legítimamente había adquirido el derecho por concurso, que el demandante se abstuvo de presentar; y (ii) ya había sido reconocida su pensión de jubilación al momento de interponer la tutela.

5.8. Por todo lo anterior, esta Sala de Revisión revocará el fallo de septiembre 21 de 2011, proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, por medio del cual revocó el dictado en julio 26 de ese mismo año por el Tribunal Administrativo de Nariño, y concedió la tutela de los derechos invocados por el señor Francisco Javier Ortega; en su lugar, negará el presente amparo.

IV.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo de septiembre 21 de 2011, proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, por medio del cual revocó el dictado en julio 26 de ese mismo año por el Tribunal Administrativo de Nariño, y concedió la tutela de los derechos invocados por el señor Francisco Javier Ortega. En su lugar, NEGAR el amparo solicitado.

Segundo.- Por Secretaría General, LIBRAR la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Fl. 2° cd. inicial.

2 Íd..

3 Fl. 10 ib..

4 Íd..

5 Cfr. fls. 13 a 17 cd. inicial.

6 Fl. 18 ib..

7 Fl. 19 ib..

8 Fls. 20 a 23 ib..

9 Fls. 24 a 26 ib..

10 Fls. 27 y 28 ib..

11 Fl. 31 ib..

12 Fl. 32 ib..

13 Fls. 29 y 30 ib..

14 Fl. 33 ib..

15 Fl. 34 ib..

16 Fls. 35 a 37 ib..

17 Fls. 38 y 39 ib..

18 Fls. 40 a 44 ib..

20 Fl. 48 ib..

21 Fls. 52 y 53 ib..

22 Fl. 56 ib..

23 Cfr. fls. 59 a 70 ib..

24 Fl. 62 ib..

25 Cfr. fls 71 a 75 ib..

26 Fl. 77 ib..

27 Fls. 78 a 87 ib..

28 Fls. 88 y 89 ib..

29 Fls. 106 a 114 ib..

30 Fl. 108 ib..

31 Cfr. fls. 119 a 136 ib..

32 Fls. 146 y 147 ib..

33 Cfr. fls. 157 a 175 ib..

34 Cfr. fls. 174 y 175 ib..

35 Cfr. fls. 180 a 183 ib..

36 Fls. 11 a 21 cd. Corte Constitucional.

37 Fl. 13 ib..

38 Íd..

39 Íd..

40 Cfr. fls. 15 a 17 ib..

41 Salvamento de voto de los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Humberto Antonio Sierra Porto y aclaración de voto del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

42 Cfr. C-588 de agosto 27 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, con salvamento de voto de los Magistrados Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, mediante la cual se declaró inexecutable el Acto Legislativo 01 de 2008.

43 El artículo 2° de la Ley 909 de 2004, por la cual se expidieron normas sobre el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, dice que el mérito, las calidades personales y de la capacidad profesional, son “los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública”.

44 Cfr. sentencias C-1040 de diciembre 4 de 2007, M. P. Margo Gerardo Monroy Cabra y C-878 de septiembre 10 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

45 Artículo 2° Ley 909 de 2004.

46 “Sobre los efectos inter comunis pueden ser consultadas las sentencias SU-1023 de 2001; T-203, T-451, T-843 y SU-913 de 2009, entre otras.”

47 Cfr. consideración 10.1 de la sentencia SU-446 de 2011.

48 En la sentencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional recordó lo consignado en la T-951 de octubre 7 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-064 de febrero 1° de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

49 Cfr. C-543 de 1992, previamente referida.

51 Cfr. fls. 40 a 44 cd. inicial.

52 Cfr. fls. 45 a 47 ib..

53 Esa posición ha sido reiterada por la Corte en varias sentencia, entre ellas en la T-783 de 2009, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, donde se analizaron, entre otras, la SU-133 de abril 2 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-425 de abril 26 de 2001, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; SU-613 de agosto 6 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett y T-484 de mayo 20 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

54 Cfr. Resolución 0963 de abril 28 de 2010, fls. 40 a 44 cd. inicial.

55 Cfr. fl. 41 ib..

56 Cfr. fls. 41 y 42 ib..

57 Cfr. fl. 42 ib..

58 Cfr. SU-446 de 2011 ya referida.

59 Cfr. fls. 186 a 189 ib..

60 Cfr. fls. 15 a 17 cd. Corte Constitucional.

61 Cfr. fl. 15 ib..