

INFORMACION SOLICITADA POR JUEZ DE TUTELA – Se dan por ciertos los hechos si hay renuencia a la respuesta

Dado que la demandada, no remitió la información solicitada por el Juez de Primera Instancia, fue acertada la decisión de dar por ciertos tales hechos, pues es bien sabido y así lo ha declarado esta Sala en asuntos de condiciones procesales similares que, ante la renuencia de la entidad accionada a colaborar con la administración de justicia la decisión constitucional no puede estancarse, pues para ello cuenta con amplias herramientas legales y jurisprudenciales a fin de lograr el establecimiento de la situación debatida e incluso sancionar a la autoridad renuente.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la renuencia a responder informes solicitados por el juez de tutela: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 5 de agosto de 2010, Rad. 2010-01138-01, MP. Víctor Hernando Alvarado.

CONCURSO DE MERITOS FISCALIA GENERAL DE LA NACION – Cargos convocados / CONCURSO DE MERITOS FISCALIA GENERAL DE LA NACION – No puede extenderse a cargos no ofertados en las convocatorias. Se agota al nombrarse los cargos objeto de las convocatorias / CONCURSO DE MERITOS FISCALIA GENERAL DE LA NACION – Vulneración de derechos fundamentales por desvinculación de empleado en provisionalidad para nombrar en encargo / DERECHO AL TRABAJO - Vulneración de derechos fundamentales por desvinculación de empleado en provisionalidad para nombrar en encargo

En relación con la provisión con la lista de elegibles del concurso de méritos de cargos adicionales a los que fueron ofertados, la Sala tiene una posición unánime y reiterada que rechaza tal proceder, de manera que sólo se pueden emplearse las listas de elegibles para proveer el número de cargos que fueron convocados, esto por cuanto lo contrario daría lugar a modificar la convocatoria que constituye la norma obligatoria y reguladora del proceso de selección y porque pondría en riesgo el derecho al trabajo de las funcionarios nombrados en provisionalidad que están desempeñando empleos que no fueron objeto del proceso de selección, que en principio deben permanecer en ellos hasta tanto no se surta un nuevo concurso o se presenten circunstancias que ameriten su remoción por cualquier otra causa, entre ellas como lo ha expuesto la jurisprudencia contenciosa administrativa, el mejoramiento del servicio. En este orden de ideas, si como lo manifiesta la demandante el nombramiento que se pretendió hacer en su remplazo, tuvo lugar por razón y con motivo del concurso de méritos luego de haberse provisto todos los cargos que fueron ofertados, es claro que en atención a la jurisprudencia de esta Sala se están vulnerando sus derechos fundamentales pues se desbordan claramente los límites de la convocatoria. A pesar de lo anterior, con lo cual entiende la Sala habría lugar a proteger los derechos de la demandante, se observa que el asunto que convoca al Juez de Tutela comporta una situación que es aun más grave, pues a quien se designó en reemplazo de la actora, no fue nombrada en periodo de prueba –como lo indicó la entidad accionada en el informe rendido en este proceso constitucional-, sino en encargo, según se desprende de la Resolución N° 116 de 23 de febrero de 2010, con lo cual resulta aun más claro que han sido vulnerados los derechos fundamentales de la demandante, pues ni siquiera son ciertas las razones aducidas para su desvinculación.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el concurso de méritos en la Fiscalía General de la Nación: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias de 19 de agosto de

2010, Rad. 2010-01488 y 2010-01513, MP. Gerardo Arenas Monsalve y de 5 de agosto de 2010, Rad. 2010-00239, MP. Alfonso Vargas Rincón.

RETEN SOCIAL – Aplicación. Beneficiarios. Principios y finalidades. Eventos excepcionales de aplicación frente a personas desvinculadas con ocasión de un concurso de méritos / RETEN SOCIAL EN CONCURSO DE MERITOS – Métodos de aplicación / FISCALIA GENERAL – Plante de personal global / ENTIDADES CON PLANTA DE PERSONAL GLOBAL – En convocatoria y oferta de empleos no se individualiza el cargo ofertado. Entidad define cuales cargos serán provistos / PRE PENSIONADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD –Aplicación del reten social. Permanencia en el cargo hasta que obtener pensión e inclusión en nómina

Entiende la Sala que, el denominado reten social dispuesto en la Ley 790 de 2002, tiene lugar en el marco de la renovación de la administración pública, con el fin de que la igualdad sustantiva pudiera ser exigible en dicho ámbito; pues fue así como en el artículo 12 de la mencionada ley, con algunos matices jurisprudenciales, se dispuso que no podrían ser retirados del servicio en el desarrollo del programa de renovación de la administración pública: i) las madres cabeza de familia sin alternativa económica, ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y iii) los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de 3 años a partir de la expedición del acto desvinculación. En este orden de ideas, para la Sala la figura del reten social propiamente dicha, fue concebida para procesos de extinción entidades públicas y supresión de cargos por motivos de reestructuración de la planta de personal, mas no para ampararse en ella ante la desvinculación para la provisión de empleos por vía de concurso de méritos e impedir la materialización de los garantías de quienes tienen el legítimo derecho a ser nombrados en periodo de prueba. No obstante, dado que los sectores de la población incluidos en aquella figura jurídica merecen protección especial del Estado, por esta vía en casos especiales que la Sala pasara a desarrollar, deben aplicarse los principios y finalidades de esta. Para esquematizar, la posición de la Sala sobre este asunto, que terminará por establecer cuándo deben aplicarse los principios y finalidades del reten social al momento de realizar las desvinculaciones con motivo de la provisión de cargos dentro de un concurso de méritos, debe indicarse que, en las convocatorias a procesos de selección y ofertas de empleos, existen por lo menos 2 métodos claramente diferenciados. El primero donde la entidad convocante identifica e individualiza claramente el cargo ofertado, de manera que el concursante - bien sea en una primera etapa o en una segunda etapa-, tiene certeza de la denominación, código, grado, dependencia y hasta ubicación del empleo al que aspira, y consecuentemente quien ocupa aquel en provisionalidad, también tiene certeza que éste fue ofertado, de manera que ante la provisión de la lista de elegibles la entidad nominadora no tiene la libertad para escoger de entre un número variable de empleos en la categoría del ofertado, cuál será el que entrará a entregar en período de prueba y cuál no. En concordancia con lo anterior se observa que, existe un segundo método, como el aplicado por la Fiscalía General de la Nación, en el que debido a la naturaleza global de su planta de personal, sólo se identifica el cargo ofertado pero no se individualiza, de manera que, si el número de empleos convocados a concurso resulta ser menor al de los existentes en la planta de personal y dado que con la lista de elegibles no pueden proveerse en período de prueba más cargos de los ofertados, será la entidad nominadora la que entrará definir cuáles de estos serán los escogidos para ser provistos. (...) En virtud de lo anterior es claro que, los principios y finalidades de la figura jurídica del retén social, son inaplicables a quienes obtuvieron, por estar en la lista de elegibles dentro del número de cargos ofertados, el derecho a ser nombrados en período de prueba, pues de no ser así

se defraudaría y el proceso de selección, se atentaría contra la transparencia y objetividad del mismo, así como contra los derechos fundamentales de quien en franca lid obtuvo el cargo, y se infringiría de paso el mandato constitucional de provisión de empleos de carrera mediante el sistema de méritos. Establecido lo anterior es dable concluir que los principios y finalidades del retén social cuando de provisión de cargos por concurso de méritos se trata, sólo pueden oponerse por quien detenta en provisionalidad un empleo ofertado al nominador –se repite no al concursante que está en la lista de elegibles-, en el evento en que éste esté en la posibilidad de elegir de entre un número de cargos mayor a los convocados en los cuales se harán los nombramientos en período de prueba, es decir en aquellos concursos en los cuales los empleos ofertados sólo fueron identificados pero no individualizados, como es el caso del proceso de selección de la Fiscalía General de la Nación. En estos términos dado que contrario a lo dispuesto por el Tribunal primera instancia, para la Sala está probado en el expediente la condición de pre-pensionable de la demandante, y se debe dar plena credibilidad al dicho de aquella según el cual de los 431 cargos de carrera de la categoría del que desempeñaba en provisionalidad se escogió indiscriminadamente el suyo para proveer los 298 que fueron convocados a concurso, es claro que, en este caso son aplicables a la Fiscalía General de la Nación los principios y finalidades del retén social, en consecuencia la protección constitucional de la demandante si bien debe ser transitoria, no será hasta que el Juez Contencioso Administrativo decida sobre la legalidad del acto de insubsistencia, sino hasta que le sea resuelta su solicitud pensional, y en caso de tener derecho, cuando sea incluida en nómina de pensionados y cancelada su primera mesada, esto en atención a lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 797 y 2003, de conformidad con lo establecido en la sentencia C-1037 de 2003 de la Corte Constitucional.

FUENTE FORMAL: LEY 790 DE 2002 - ARTICULO 12 / LEY 797 DE 2003 - ARTICULO 9

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 25000-23-15-000-2010-02045-01(AC)

Actor: MARGOT CECILIA VELASCO GARAVITO

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Decide la Sala la impugnación presentada por la entidad demandada, contra la sentencia de 5 de agosto de 2010, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, que amparó los derechos fundamentales

invocados por la señora Margot Cecilia Velasco Garavito dentro de la acción de tutela impetrada por ella contra la Fiscalía General de la Nación.

I. EL ESCRITO DE TUTELA

Margot Cecilia Velasco Garavito, interpuso acción de tutela contra la entidad mencionada, por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, trabajo, salud, familia y dignidad.

Como fundamento de su acción expuso:

Se vinculó a la Fiscalía General de la Nación, desde el 30 de junio de 1992, siendo su último cargo desempeñado el de Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado. No obstante, luego de 14 años de servicio, el Fiscal General de la Nación mediante la Resolución N° 0 – 00162 de 1° de febrero de 2006, la declaró insubsistente.

Ante esta situación, impetró acción de tutela como mecanismo transitorio, la cual fue decida en segunda instancia por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la sentencia de 10 de mayo de 2006, amparando los derechos fundamentales invocados.

En cumplimiento de lo anterior, la entidad accionada expidió la Resolución N° 0 – 1672 de 26 de mayo de 2006, a través de la cual, suspendió los efectos de la Resolución N° 0 – 00162 de 1° de febrero de 2006 – con la cual había sido retirada del servicio -, y dispuso su reintegro al cargo de manera provisional.

En ese orden de ideas, atendiendo lo dispuesto por el fallo de tutela, impetró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual está siendo adelantada en primera instancia por el Juzgado 25 Administrativo de Bogotá, sin que se haya proferido una decisión de fondo; sin embargo, de manera sorpresiva, el Fiscal General de la Nación, mediante la Resolución N° 0 – 0263 de 8 de febrero de 2010, dio nuevamente por terminado su nombramiento provisional como Fiscal Delegada ante los Jueces Especializados.

En virtud de lo anterior, la entidad accionada no sólo desacata una orden judicial emanada del Consejo Superior de la Judicatura, sino que adicionalmente vulnera sus derechos fundamentales a la familia y seguridad social, dado que: i) es jefe de familia y ii) ostenta la calidad de pre - pensionable del Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS).

Como consecuencia de lo anterior solicitó, tutelar los derechos fundamentales invocados, y ordenar a la Fiscalía General de la Nación a: i) suspender el acto administrativo de desvinculación y ii) reintegrarla en el cargo que desempeñaba hasta que se profiera la Resolución del ISS donde se ordene su inclusión en la Nómina de Pensionados.

II. INFORMES RENDIDOS EN EL PROCESO

Fiscalía General de la Nación

En Oficio visible a folio 131, la Dra. Claudia Milena Castellanos Avendaño, en su calidad de Apoderada de la Fiscalía General de la Nación, presentó informe sobre el asunto en litigio, oponiéndose a la prosperidad de la acción, argumentando:

No existe vulneración alguna a los derechos fundamentales alegados por la accionante, pues esta entidad ha actuado conforme a los postulados constitucionales y jurisprudenciales, al retirar de su cargo a la señora Velasco Garavito, toda vez que, fue desplazada de su empleo, por un tercero que accedió al servicio de administración de justicia en este ente acusador a través del mérito generado por el concurso, al cual tuvo acceso en condiciones de igualdad con la demandante, quien fue superada en franca lid por quien la entró a reemplazar como ganador del cargo.

III. LA SENTENCIA DE TUTELA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, mediante sentencia de 10 de mayo de 2010, amparó los derechos fundamentales invocados por la señora Margot Cecilia Velasco Garavito dentro de la acción de tutela incoada contra la Fiscalía General de la Nación. Con base en los siguientes argumentos (Fls. 159 a 167):

Si bien es cierto que la Fiscalía General de la Nación, debe realizar el respectivo procedimiento para proveer los nuevos cargos vacantes atendiendo el orden que figura en la lista de elegibles, también lo es que, tal circunstancia no exime a la entidad de aplicar lo decidido por la Corte Constitucional en lo relacionado con la protección especial a los pre-pensionados aludida en la Ley 790 de 2002.

Puestas las cosas en ese estadio, el nombramiento de la Dra. Fabiana Largo Sánchez en encargo y la remoción de la exfiscal accionante del cargo que venía desempeñando, vulnera los derechos fundamentales de ésta, puesto que no existe fundamento legal para que se haya nombrado a aquella sin que se

encuentre inscrita dentro del registro de elegibles, desconociendo de esta forma, las finalidades del concurso de méritos.

Adicionalmente, cabe mencionar que existe un pronunciamiento anterior del Juez de tutela, en que se dispuso el reintegro de la actual tutelante al mismo cargo hasta tanto el Juez Ordinario esto es el contencioso administrativo resuelva sobre su situación, máxime si se tienen en cuenta las especiales condiciones de indefensión en las que se encuentra la señora madre de la actora, con lo cual su desvinculación viola el mínimo vital no sólo de la demandante sino lo que es más grave, el de una persona a la cual la Constitución Política brinda especial protección.

IV. EL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Mediante escrito radicado el 12 de agosto de 2010 (Fl. 171), la entidad accionada, impugnó el fallo de primera instancia, sin exponer los motivos de su inconformidad.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Delimitación del litigio

Tras el análisis del escrito de tutela y las pruebas obrantes en el proceso, entiende la Sala que la actora fue declarada insubsistente del cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces Penales Especializados del Circuito de Bogotá que ostentaba provisionalidad, mediante la Resolución N° 0-0263 de 8 febrero de 2010 de la Fiscalía General de la Nación, sin observarse que era jefe de hogar, prepensionable -por cuanto es beneficiaria el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con 33 años de trabajo cotizado y más de 52 años de edad-, y único sustento de su señora madre -persona de la tercera edad que padece graves quebrantos de salud-, situación que la incluía en el retén social de la Ley 790 de 2002 y le daba derecho a no ser desvinculada, más aun cuando, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura¹, ante un retiro del servicio del que había sido objeto anteriormente por parte de la misma entidad, amparó transitoriamente sus derechos fundamentales hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa se pronunciara sobre la legalidad del respectivo acto.

¹ Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia de 10 de mayo de 2006. Proceso N° 2006-01118-01. Magistrado Ponente Dr. Temístocles Ortega Narváez.

Frente a lo anterior la entidad demandada, manifestó que la desvinculación tuvo lugar con motivo de la provisión del cargo de la demandante mediante concurso de méritos, sin embargo hizo caso omiso a la orden del A quo, dirigida a obtener copia del registro definitivo de elegibles contenido en el Acuerdo N° 007 del 24 de noviembre 2008, así como, la certificación de los cargos entregados con el mencionado registro y los que se encuentran aún por proveer.

La anterior documentación tenía como fin determinar la veracidad de las afirmaciones de la demandante, según las cuales: i) ya se habían nombrado las personas que entrarían a ocupar los 298 cargos fueron ofertados en la convocatoria, por lo que empezaron a proveerse los restantes sin ningún criterio objetivo, y ii) quien fue designado en su remplazo no fue nombrado en periodo de prueba sino en encargo, de manera que no estaba en la lista de elegibles del concurso de méritos.

Ahora bien, dado que la demandada, no remitió la información solicitada por el Juez de Primera Instancia, fue acertada la decisión de de dar por cierto tales hechos, pues es bien sabido y así lo ha declarado esta Sala² en asuntos de condiciones procesales similares que, ante la renuencia de la entidad accionada a colaborar con la administración de justicia la decisión constitucional no puede estancarse, pues para ello cuenta con amplias herramientas legales y jurisprudenciales a fin de lograr el establecimiento de la situación debatida e incluso sancionar a la autoridad renuente.

Por lo anterior, es claro que en el asunto que convoca a este Juez de segunda instancia se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, para proveer su cargo supuestamente con alguien de la referida lista de elegibles.

Lo dicho permite a la Sala establecer que, los asuntos que deberán abordarse a fin de establecer si en el caso de la demandante existió vulneración a sus derechos fundamentales, son: i) la incidencia que en el presente caso comporta la sentencia de tutela de 10 de mayo de 2006 proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que amparó transitoriamente los derechos fundamentales de la demandante, ii) el límite de aplicación de la lista de elegibles del concurso de méritos de la Fiscalía General de la Nación, y iii) la aplicación del retén social en los casos de declaratoria de subsistencia para proveer cargos por vía de concurso de méritos; los cuales serán resueltos en ese

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia 5 de agosto de 2010. Expediente N° 2010-01138-01. Acción de tutela. Actor: Ismenia Zúñiga Rivera. C/. Acción Social.

orden.

Caso en concreto

Como se expuso previamente, debe la Sala establecer el alcance del fallo de tutela de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que en el año 2006 amparó los derechos fundamentales de la demandante y ordenó su reintegro, frente a la situación ahora planteada, pues de ello dependerá si el litigio comporta un desacato a dicha providencia -caso en el cual el asunto sería del conocimiento del Juez de primera instancia de dicha controversia-, o si estamos ante una situación fáctica diferente e independiente de aquella, que puede ser asumida por cualquier Juez de la República, atendiendo a las reglas de reparto del Decreto 1382 2001.

Ante el análisis de la sentencia de tutela antes mencionada, encuentra la Sala que en aquella oportunidad la demandante fue declarada insubsistente sin que se hubiera motivado el acto administrativo, por lo cual dicho fallador, tras reconocer la existencia de criterios jurídicos encontrados sobre el asunto, entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, optó por el de aquella al considerar que, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional superó en materia de tutela el concepto del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

De esta manera descartó que los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera se equiparen a los de libre nombramiento y remoción, esto a fin de establecer obligatoriedad de la motivación del acto administrativo que declara la insubsistencia, afirmándose finalmente en dicha providencia que *“En el caso de autos, la ciudadana Velasco Garavito se venía desempeñando en un cargo de carrera cuya condición de provisionalidad o propiedad deberá debatirse ante el juez natural del asunto, pero aún asumiendo que fuera en provisionalidad, lo venía cumpliendo de manera cabal; no se le desvinculó como producto de un proceso disciplinario; y ha sido de cuenta de la administración y no de la accionante que en tanto tiempo transcurrido desde la puesta en funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, no se haya adelantado el concurso de méritos tendiente a proveer sus distintos cargos en propiedad, incluso desacatando fallo de acción de cumplimiento que así lo ordenó. En consecuencia, la declaratoria insubsistencia de la petente no deviene como producto de la discrecionalidad de la administración, sino de la mera liberalidad de la Fiscalía General de la Nación y por ende, se impone conceder a la actora el amparo transitorio de sus derechos fundamentales como cabeza de familia, al trabajo, la estabilidad laboral, igualdad y*

mínimo vital.”.

De lo expuesto, para la Sala resulta con claridad que la protección constitucional transitoria antes mencionada, no tuvo como génesis un concurso de méritos y que la misma no puede ser absoluta, pues de ser así se estaría estableciendo un fuero de inamovilidad constitucional que la norma suprema no prevé; así las cosas, debe entenderse que la desvinculación que ahora compromete los derechos de la accionante se basa en razones distintas a las de aquella oportunidad, motivo por el cual la protección deprecada en el aludido fallo constitucional, no abarca el presente litigio, siendo por ello que puede ser conocido de manera independiente por esta jurisdicción.

Ahora bien, en relación con el segundo punto puesto en debate, es decir, la provisión con la lista de elegibles del concurso de méritos de cargos adicionales a los que fueron ofertados, la Sala tiene una posición unánime y reiterada que rechaza tal proceder³, de manera que sólo se pueden emplearse las listas de elegibles para proveer el número de cargos que fueron convocados, esto por cuanto lo contrario daría lugar a modificar la convocatoria que constituye la norma obligatoria y reguladora del proceso de selección y porque pondría en riesgo el derecho al trabajo de las funcionarios nombrados en provisionalidad que están desempeñando empleos que no fueron objeto del proceso de selección, que en principio deben permanecer en ellos hasta tanto no se surta un nuevo concurso o se presenten circunstancias que ameriten su remoción por cualquier otra causa, entre ellas como lo ha expuesto la jurisprudencia contenciosa administrativa, el mejoramiento del servicio.

En este orden de ideas, si como lo manifiesta la demandante el nombramiento que se pretendió hacer en su remplazo, tuvo lugar por razón y con motivo del concurso de méritos luego de haberse provisto todos los cargos que fueron ofertados, es claro que en atención a la jurisprudencia de esta Sala se están vulnerando sus derechos fundamentales pues se desbordan claramente los límites de la convocatoria.

A pesar de lo anterior, con lo cual entiende la Sala habría lugar a proteger los derechos de la demandante, se observa que el asunto que convoca al Juez de Tutela comporta una situación que es aun más grave, pues a quien se designó en

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 19 de agosto de 2010. Acción de tutela Expediente N° 2010-01488-01. Actor: Emma Yolanda Reyes Vargas. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 19 de agosto de 2010. Acción de tutela Expediente N° 2010-01513-01. Actor: Alba Lilia Baquero Palacios. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia de 5 de agosto de 2010. Acción de tutela Expediente N° 2010-00239-01. Actor: Mario Enrique Afanador Armenta.

reemplazo de la actora, es decir la Dra. Fabiana Largo Sánchez, no fue nombrada en periodo de prueba –como lo indicó la entidad accionada en el informe rendido en este proceso constitucional-, sino en encargo, según se desprende de la Resolución N° 116 de 23 de febrero de 2010, con lo cual resulta aun más claro que han sido vulnerados los derechos fundamentales de la demandante, pues ni siquiera son ciertas las razones aducidas para su desvinculación.

Así las cosas, lo dicho sería suficiente para proveer el amparo constitucional, y confirmar el fallo de primera instancia, sin embargo la forma como fue emitida la orden de protección que se revisa, así como algunas consideraciones del A quo sobre el retén social, hacen imperativo un pronunciamiento de la Sala sobre el particular.

El Tribunal A quo, como se expuso en acápite anteriores ordenó el reintegro de la demandante al cargo que venía desempeñando *"hasta tanto sea resuelto el proceso judicial que cursa en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en contra de la resolución que determinó su desvinculación y en su lugar nombró a la doctora FABIANA LARGO SÁNCHEZ"*, así mismo dejó ver que, en materia de concursos de méritos es aplicable el denominado reten social de la Ley 790 de 2002, en cuanto a los pre-pensionados, es decir que tal figura le sería oponible a quienes están en la lista de elegibles.

Sobre este punto entiende la Sala que, el denominado reten social dispuesto en la Ley 790 de 2002, tiene lugar en el marco de la renovación de la administración pública, con el fin de que la igualdad sustantiva pudiera ser exigible en dicho ámbito; pues fue así como en el artículo 12 de la mencionada ley, con algunos matices jurisprudenciales, se dispuso que no podrían ser retirados del servicio en el desarrollo del programa de renovación de la administración pública: i) las madres cabeza de familia sin alternativa económica, ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y iii) los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de 3 años a partir de la expedición del acto desvinculación.

En este orden de ideas, para la Sala la figura del reten social propiamente dicha, fue concebida para procesos de extinción entidades públicas y supresión de cargos por motivos de reestructuración de la planta de personal, mas no para ampararse en ella ante la desvinculación para la provisión de empleos por vía de

concurso de méritos e impedir la materialización de los garantías de quienes tienen el legítimo derecho a ser nombrados en periodo de prueba.

No obstante, dado que los sectores de la población incluidos en aquella figura jurídica merecen protección especial del Estado, por esta vía en casos especiales que la Sala pasara a desarrollar, deben aplicarse los principios y finalidades de esta.

Para esquematizar, la posición de la Sala sobre este asunto, que terminará por establecer cuándo deben aplicarse los principios y finalidades del reten social al momento de realizar las desvinculaciones con motivo de la provisión de cargos dentro de un concurso de méritos, debe indicarse que, en las convocatorias a procesos de selección y ofertas de empleos, existen por lo menos 2 métodos claramente diferenciados.

El primero donde la entidad convocante identifica e individualiza claramente el cargo ofertado, de manera que el concursante - bien sea en una primera etapa o en una segunda etapa-, tiene certeza de la denominación, código, grado, dependencia y hasta ubicación del empleo al que aspira, y consecuentemente quien ocupa aquel en provisionalidad, también tiene certeza que éste fue ofertado, de manera que ante la provisión de la lista de elegibles la entidad nominadora no tiene la libertad para escoger de entre un número variable de empleos en la categoría del ofertado, cuál será el que entrará a entregar en período de prueba y cuál no.

En concordancia con lo anterior se observa que, existe un segundo método, como el aplicado por la Fiscalía General de la Nación, en el que debido a la naturaleza global de su planta de personal, sólo se identifica el cargo ofertado pero no se individualiza, de manera que, si el número de empleos convocados a concurso resulta ser menor al de los existentes en la planta de personal y dado que con la lista de elegibles no pueden proveerse en período de prueba más cargos de los ofertados, será la entidad nominadora la que entrará definir cuáles de estos serán los escogidos para ser provistos.

Lo anterior trae una connotación sumamente importante para los intereses laborales de quienes están desempeñando la categoría del cargo ofertado, pues de la decisión del dominador dependerá si continúa con la vinculación laboral precaria o serán desvinculados para proveer con la lista de elegibles, y es

precisamente sobre esta decisión del nominador que entiende la Sala debe aplicarse el postulado legal y constitucional de protección especial.

En virtud de lo anterior es claro que, los principios y finalidades de la figura jurídica del retén social, son inaplicables a quienes obtuvieron, por estar en la lista de elegibles dentro del número de cargos ofertados, el derecho a ser nombrados en período de prueba, pues de no ser así se defraudaría y el proceso de selección, se atentaría contra la transparencia y objetividad del mismo, así como contra los derechos fundamentales de quien en franca lid obtuvo el cargo, y se infringiría de paso el mandato constitucional de provisión de empleos de carrera mediante el sistema de méritos.

Establecido lo anterior es dable concluir que los principios y finalidades del retén social cuando de provisión de cargos por concurso de méritos se trata, sólo pueden oponerse por quien detenta en provisionalidad un empleo ofertado al nominador –se repite no al concursante que está en la lista de elegibles-, en el evento en que éste esté en la posibilidad de elegir de entre un número de cargos mayor a los convocados en los cuales se harán los nombramientos en período de prueba, es decir en aquellos concursos en los cuales los empleos ofertados sólo fueron identificados pero no individualizados, como es el caso del proceso de selección de la Fiscalía General de la Nación.

En estos términos dado que contrario a lo dispuesto por el Tribunal primera instancia, para la Sala está probado en el expediente la condición de pre-pensionable de la demandante, y se debe dar plena credibilidad al dicho de aquella según el cual de los 431 cargos de carrera de la categoría del que desempeñaba en provisionalidad se escogió indiscriminadamente el suyo para proveer los 298 que fueron convocados a concurso, es claro que, en este caso son aplicables a la Fiscalía General de la Nación los principios y finalidades del retén social, en consecuencia la protección constitucional de la demandante si bien debe ser transitoria, no será hasta que el Juez Contencioso Administrativo decida sobre la legalidad del acto de subsistencia, sino hasta que le sea resuelta su solicitud pensional, y en caso de tener derecho, cuando sea incluida en nómina de pensionados y cancelada su primera mesada, esto en atención a lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 797 y 2003, de conformidad con lo establecido en la sentencia C-1037 de 2003 de la Corte Constitucional.

VI. DECISIÓN

En atención a las consideraciones precedentes, la Sala confirmará el fallo que tuteló los derechos fundamentales invocados por la demandante, pero modificará el término de vigencia del amparo, el cual deberá producir efectos hasta cuándo le sea resuelta su solicitud pensional, y en caso de tener derecho, cuando sea incluida en nómina de pensionados y cancelada su primera mesada, esto en atención a lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 797 y 2003. 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 de Colombia y por autoridad de la ley

VII. FALLA

Confírmase, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia de 5 de agosto de 2010, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, que amparó los derechos fundamentales de Margot Cecilia Velasco Garavito en la acción de tutela impetrada contra la Fiscalía General de la Nación.

Modifícase, por las razones expuestas en este proveído, la orden de amparo, para disponer que la protección constitucional deberá permanecer hasta que a la demandante le sea resuelta su solicitud pensional, y en caso de tener derecho, cuando sea incluida en nómina de pensionados y cancelada su primera mesada pensional, en atención a lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Cópiese, notifíquese, remítase copia al Tribunal de origen y envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Cúmplase.

La presente providencia fue discutida en la Sala de la fecha.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA