

CONCURSO DE MERITOS FISCALIA GENERAL DE LA NACION – No puede extenderse a cargos no ofertados. Nombramiento en carrera en cargo no ofertado no da lugar a la procedencia de la tutela ante la existencia de otro medio de defensa judicial

La inconformidad de la actora se deriva concretamente del acto administrativo por el cual la Fiscalía General de la Nación la desvinculó del cargo que ocupaba en provisionalidad en esa entidad y del hecho de que la persona que la reemplazó, el señor Fernando Navarro León, se encuentra en la lista de elegibles pero por fuera del número de cargos ofertados. Al respecto, se advierte que esta Sección en providencia de 21 de octubre de 2010 precisó que los efectos del concurso adelantado por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación no pueden extenderse a aquellos cargos no ofertados mediante las convocatorias 001 a 006 de 2007. No obstante, esa posición no es suficiente para que a través del ejercicio de la acción de tutela puedan ampararse derechos de carácter laboral presuntamente desconocidos por un acto administrativo, a través del cual se dio por terminado un nombramiento en un cargo en provisionalidad para ser provisto por una persona que concursó y aprobó las etapas del concurso pero no quedó dentro del número de elegibles según el cargo al que aspiró. Para atacar el referido acto, el ordenamiento ha previsto otro medio de defensa judicial, de manera que las pretensiones de la señora Navas Rincón deben ser resueltas en el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa [art. 85 C.C.A.], autoridad ante la cual la actora puede hacer valer los argumentos que adujo en el escrito de tutela. Además en la demanda puede solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, medida cautelar que procede según lo dispuesto en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo. Es imperioso indicar que no es la tutela una acción para alegar el amparo de unos derechos que pueden hacerse valer a través de la acción de nulidad y restablecimiento como mecanismo idóneo y eficaz para tal fin. Así las cosas, es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la competente para resolver el conflicto planteado por la actora y no el juez de tutela a quien no le corresponde decidir si la Resolución No. 091657 de 27 de julio de 2010 está o no conforme a derecho, pues ello implicaría el desconocimiento de los medios ordinarios que el ordenamiento jurídico ha establecido para la protección de los derechos. El juez constitucional no puede reemplazar la función del juez natural.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el concurso de méritos en la Fiscalía General de la Nación: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 21 de octubre de 2010, rad. 2010-00402, MP. Martha Teresa Briceño de Valencia

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-15-000-2010-03260-01(AC)

Actor: ELIZABETH NAVAS RINCÓN

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Decide la Sala la impugnación presentada por la parte actora contra la providencia de 3 de noviembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “B”, que rechazó por improcedente el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES

La señora Elizabeth Navas Rincón, en nombre propio, instauró acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, confianza legítima y mínimo vital.

Hechos

De los hechos narrados por la parte actora se advierten como relevantes los siguientes:

La señora Elizabeth Navas Rincón ingresó a trabajar a la Fiscalía General de la Nación el 15 de mayo de 1995, en el cargo de Asistente Judicial Local, posteriormente, el 4 de abril de 1997 fue nombrada en el cargo de Secretaria Judicial I.

El 21 de enero de 2005 se desempeñó en el cargo de Investigador Criminalístico V, el mismo que fue homologado el 12 de agosto de 2008 al cargo de Asistente de Fiscal III, informó, que estos empleos los desempeñó en provisionalidad.

El 12 de septiembre de 2007 la Fiscalía General de la Nación convocó a concurso de méritos para proveer cargos en la Planta Global de la entidad, a través de las Convocatorias 001 a 006 de 2007.

Informó que dentro de las convocatorias en mención se establecieron el número de cargos a proveer. Agregó, que para el caso de los Asistentes de Fiscal III, el número de plazas a proveer ascendía sólo a 530 de acuerdo con la Convocatoria No. 005 de 2007.

Mediante Resolución No. 01657 de 27 de julio de 2010 la Fiscalía General de la Nación le comunicó la terminación del nombramiento por provisionalidad del cargo que está ocupando hace más de 2 años con el fin de nombrar a una persona de la lista de elegibles, pero advirtió, que esta persona no se hizo acreedora a este derecho por los resultados del concurso de méritos sino por el sólo hecho de encontrarse en la lista de elegibles.

Consideró que la resolución en mención desconoce sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la confianza legítima y al mínimo vital.

Indicó que la causal invocada en la resolución en comento, para finalizar los cargos en provisionalidad, es el ingreso a quienes obtuvieron por mérito el derecho a ser nombrados, argumento que no comparte, toda vez en realidad estos

nombramientos superan los 530 cargos que fueron ofertados en el concurso en el que participó.

Agregó que desde entonces ha sufrido diferentes quebrantos de salud, alteración en su sistema nervioso y advirtió, que es una mujer soltera, que no tiene ningún tipo de sustento ni nadie que se haga cargo de sus obligaciones y de su cuidado.

Pretensión

La parte actora solicitó la protección de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se ordene a la accionada que suspenda los efectos jurídicos de la Resolución No. 0-1657 de 27 de julio de 2010, por medio de la cual la Fiscalía General de la Nación la desvinculó del cargo de Asistente de Fiscal III.

Además, solicitó que se ordene a la accionada abstenerse de proveer el cargo de Asistente de Fiscal III que venía desempeñando con personas que ingresaron al registro de elegibles conformado en virtud de la Convocatoria No. 005 de 2007 y si ya se realizó ese nombramiento se revoque dicho acto administrativo y se le reubique.

A título de medida provisional solicitó la suspensión inmediata de la resolución en mención.

Trámite previo

Una vez avocada el conocimiento de la presente acción por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección “B” se ordenó notificar a las partes y no accedió a la medida cautelar solicitada, al advertir que de la lectura de la acción incoada no se hace ostensible la violación de los derechos que invoca el demandante.

Oposición

La Jefe de la Oficina Jurídica Ad Hoc de la **Fiscalía General de la Nación** solicitó desestimar las pretensiones de la presente acción, en los siguientes términos:

La Corte Constitucional mediante sentencia T-131 de 17 de febrero de 2005 ordenó a la Fiscalía General de la Nación instituir la carrera administrativa en la entidad, por lo que el 9 de septiembre de 2007 convocó a concurso de méritos para proveer los cargos de Fiscal delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos, Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito, Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito Especializado, Fiscal Delegado ante e Tribunal del Distrito, Asistente de Fiscal I-II-III-IV y Asistente de Fiscal IV, a través de las convocatorias públicas y abiertas Nos. 001-2007, 002-2007, 003- 2007, 004-2007 y 005-2007, respectivamente.

Informó que la Sala de Casación Penal mediante fallos de 4 y 17 de febrero de 2010 ordenó a la Fiscalía General de la Nación efectuar los nombramientos en período de prueba de los cargos que fueron convocados a concurso de méritos del área de Fiscalías en estricto orden descendente de acuerdo al puesto ocupado en el Registro Definitivo de Elegibles.

En cumplimiento de lo anterior, el 19 de abril de 2010 la entidad culminó los nombramientos en período de prueba de los 530 cargos que fueron ofertados para Asistente de Fiscal III a través de la Convocatoria No. 005-2007 III.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia mediante las sentencias proferidas en las acciones de tutela bajo radicados Nos. 45.366, 48.023, 48.708, entre otros, ordenó al Fiscal General de la Nación retomar el proceso de nombramientos en periodo de prueba de los cargos a que se refieren las convocatorias públicas y abiertas Nos. 001-2007, 002-2007, 003-2007, 004 -2007, 005 -2007 y 006-2007 con el Registro de Elegibles publicado mediante Acuerdo No. 007 de 24 de noviembre de 2008.

Informó, que en virtud de lo anterior, mediante Resolución No. 0-1657 de 27 de julio de 2010 se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora Elizabeth Navas Rincón del cargo de asistente de Fiscal III de la Dirección Nacional de Fiscalías de Bogotá, agregó, que teniendo en cuenta que revisado el Registro Definitivo de Elegibles, se encontró que la demandante no ocupa un puesto en el mismo, ya sea porque no se presentó y/o no aprobó el concurso.

Por lo anterior, concluyó, que la terminación del nombramiento en provisionalidad de la accionante tiene fundamento legal y jurisprudencial en la implementación del régimen de Carrera Administrativa en la entidad, por lo que se nombró en período de prueba al señor Fernando Navarro León.

Aclaró, que si bien es cierto que el señor Fernando Navarro León no se encontraba dentro del rango de los 530 cargos que fueron ofertados a través de la Convocatoria No. 005-2007 III para Asistente de Fiscal III, tal situación tiene su fundamento legal y jurisprudencial en las sentencias de tutela proferidas por la Corte Suprema de Justicia.

No obstante, advirtió, que la Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de Estado mediante providencia de 26 de agosto de 2010 dentro del expediente radicado bajo el 2010-00239 consideró que el concurso se había agotado y que el registro sólo podía suplir las vacantes que fueron ofertadas.

Ante la diferencia de criterios, señaló, que se solicitó a la Corte Constitucional la unificación de pronunciamientos.

Recordó que la provisionalidad no genera derechos de carrera y que cuando se pueda proveer un cargo mediante concurso de méritos, se excluye la provisionalidad, como en el presente caso, lo que no significa excluir los derechos fundamentales de la actora.

Señaló que si la actora considera que el acto en mención es contrario a derecho, debe controvertirlo ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues la tutela no procede para cuestionar el acto administrativo de desvinculación, salvo la presencia de un perjuicio irremediable, lo cual no ocurrió en el presente caso. Agregó, que en caso de acceder a las pretensiones de la actora, se estarían desconociendo los derechos del señor Fernando Navarro León, quien fue nombrado en periodo de prueba el 1º de septiembre de 2010, por méritos obtuvo el derecho a ser nombrado por haber superado las etapas del concurso de méritos.

Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección "B" mediante providencia de 3 de noviembre de 2010, rechazó por improcedente la acción de tutela invocada, en los siguientes términos:

Una vez analizadas las pruebas que obran en el expediente y de la lectura de la acción de tutela, concluyó que el asunto propuesto es una cuestión de legalidad y no de constitucionalidad, pues el acto acusado por la actora puede ser atacado ante el juez contencioso administrativo, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, oportunidad donde la actora y la persona designada para reemplazarla, pueden discutir sus derechos.

En el presente caso la situación de la actora no se adecua a las directrices señaladas por la Corte Constitucional para que se configure el perjuicio irremediable, que haga procedente la acción de tutela a pesar de existir otro medio de defensa judicial.

Además, resaltó que la actora ostentaba un cargo en provisionalidad, lo cual genera derechos de carrera y que no existe ninguna norma que determine que el paso del tiempo transforma una vinculación realizada en forma provisional en una propia a la carrera administrativa, ello en razón a que esta forma de ingreso es contraria a las disposiciones constitucionales. El ordenamiento colombiano prevé el sistema de méritos como regla general para ingresar al empleo público y para cumplir con dicho fin la Fiscalía General de la Nación cuenta con un régimen especial consagrado en la Ley 983 de 2004.

Impugnación

La parte actora inconforme con la anterior decisión la impugnó y agregó que con éstas se desconocen precedentes jurisprudenciales que rodean su situación.

Resaltó que en su caso existen múltiples precedentes jurisprudenciales obligatorios, toda vez que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha reiterado que se presenta una ostensible vulneración a los derechos fundamentales de las personas nombradas en provisionalidad cuya condición fue terminada sin apego legal y constitucional alguno, por lo que la acción de tutela es un mecanismo judicial idóneo, eficaz y expedito para garantizar los derechos fundamentales menoscabados.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991 que en el artículo 1° establece: "**Toda persona** tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, **la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales**, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto", **la cual procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial**, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Corresponde a esta Sala decidir la impugnación presentada por la señora Elizabeth Navas Rincón quien manifiesta su inconformidad con la decisión de primera instancia que rechazó por improcedente el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, confianza legítima y mínimo vital.

Pretende la actora con la impugnación que se protejan los citados derechos y en consecuencia se deje sin efectos la Resolución No. 0-1657 de 27 de julio de 2010,

por la cual la Fiscalía General de la Nación hizo unos nombramientos en periodo de prueba y dio por terminada la vinculación de quienes estaban en provisionalidad en el cargo de Asistente de Fiscal III, entre ellos la señora Navas Rincón. En consecuencia, pretende la reincorporación al cargo que ocupaba y que se ordene a la entidad accionada no proveer ese cargo con personas que están en la lista de elegibles pero por fuera del número de cargos ofertados.

Significa que la inconformidad de la señora Navas Rincón se deriva concretamente del acto administrativo por el cual la Fiscalía General de la Nación la desvinculó del cargo que ocupaba en provisionalidad en esa entidad y del hecho de que la persona que la reemplazó, el señor Fernando Navarro León, se encuentra en la lista de elegibles pero por fuera del número de cargos ofertados. Al respecto, se advierte que esta Sección en providencia de 21 de octubre de 2010¹ precisó que los efectos del concurso adelantado por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación no pueden extenderse a aquellos cargos no ofertados mediante las convocatorias 001 a 006 de 2007. No obstante, esa posición no es suficiente para que a través del ejercicio de la acción de tutela puedan ampararse derechos de carácter laboral presuntamente desconocidos por un acto administrativo, a través del cual se dio por terminado un nombramiento en un cargo en provisionalidad para ser provisto por una persona que concursó y aprobó las etapas del concurso pero no quedó dentro del número de elegibles según el cargo al que aspiró.

Para atacar el referido acto, el ordenamiento ha previsto otro medio de defensa judicial, de manera que las pretensiones de la señora Navas Rincón deben ser resueltas en el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa [art. 85 C.C.A.], autoridad ante la cual la actora puede hacer valer los argumentos que adujo en el escrito de tutela. Además en la demanda puede solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, medida cautelar que procede según lo dispuesto en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Es imperioso indicar que no es la tutela una acción para alegar el amparo de unos derechos que pueden hacerse valer a través de la acción de nulidad y restablecimiento como mecanismo idóneo y eficaz para tal fin.

Así las cosas, es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la competente para resolver el conflicto planteado por la actora y no el juez de tutela a quien no le corresponde decidir si la Resolución No. 091657 de 27 de julio de 2010 está o no conforme a derecho, pues ello implicaría el desconocimiento de los medios ordinarios que el ordenamiento jurídico ha establecido para la protección de los derechos. El juez constitucional no puede reemplazar la función del juez natural.

El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, en relación con la existencia de otro medio de defensa judicial, establece:

“Artículo 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

*1. Cuando existan **otros recursos o medios de defensa judiciales**, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. Se*

¹ AC-2010-00402, Actor: Marlene Suárez Gómez, M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

entiende por irremediable el perjuicio que solo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.” (Negrilla fuera de texto)

Igualmente debe la Sala reiterar que la acción de tutela no puede ser considerada como un mecanismo alternativo para lograr la protección de los derechos, pues como se ha dicho en múltiples ocasiones es un mecanismo residual y subsidiario, es decir que sólo procede cuando no existan otros recursos o medios de defensa judicial que permitan hacer valer las pretensiones de los afectados, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ese sentido, entiende la Sala que la actora sufre un perjuicio con la desvinculación laboral, pero ese daño no difiere al normal causado en estos casos, es decir que no es irremediable. En el *sub examine*, la señora Navas Rincón sostiene que es una mujer soltera, no obstante, la actora no demostró que se encuentre en incapacidad física o mental que le impida proveer lo necesario para su hogar.

Siendo ello así, se tiene que no se demostraron las condiciones de urgencia, gravedad e inminencia ni situación especial de protección que hagan improrrogable el amparo por esta vía.

Así las cosas, por existir otro medio de defensa judicial y al no advertirse perjuicio irremediable que permita el amparo de los derechos invocados por esta vía, esta Corporación confirmará la sentencia impugnada, por la cual se rechazó el amparo invocado pero bajo el entendido que lo procedente era negar la solicitud de tutela por improcedente, ya que el rechazo se produce sólo cuando la demanda no se corrige en tiempo según lo previsto en el artículo 17 del Decreto 2591 de 1991.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A

CONFÍRMASE la providencia de 3 de noviembre de 2010 proferida por el tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “B”, objeto de impugnación.

Envíese el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidenta de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ