

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente

STL4457-2016
Radicación n.º 63861
Acta 10

Bogotá, D. C., treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

La Sala resuelve la impugnación interpuesta por la parte accionada, contra el fallo emitido por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 11 de noviembre de 2015, dentro de la acción de tutela que promovió **CARMEN ROSA CARREÑO GÓMEZ** contra la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

I. ANTECEDENTES

La señora Carmen Rosa Carreño Gómez solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, petición, trabajo, buena fe y acceso a cargos

públicos, presuntamente vulnerados por la autoridad accionada.

Fundamenta su solicitud de amparo, en síntesis, en que participó en el concurso de méritos del área administrativa y financiera del año 2008, ocupando el puesto n. 58 de la lista definitiva de elegibles publicada mediante Acuerdo n. 0029 del 13 de julio de 2015, para el cargo de Profesional Universitario II – Grupo I, hoy Profesional de Gestión II. Especificó que, de acuerdo a lo consignado en la convocatoria n. 004 de 2008, para este cargo y para este grupo, se ofertaron 95 empleos, situación que le da derecho a ser nombrada en periodo de prueba por encontrarse en orden de elegibilidad.

Asegura que la entidad accionada, determinó aplazar la designación de las personas elegibles, para dar curso a los nombramientos en provisionalidad, lo cual vulnera la confianza legítima y la buena fe que depositó en la Fiscalía General de la Nación, pues quien supera satisfactoriamente las etapas del concurso y tiene las aptitudes y competencias para el cargo, debe ser vinculado en periodo de prueba.

Sostiene que la circunstancia de no haber sido nombrada, no obstante cumplir con todos los requisitos legales, la ha afectado moralmente, pues necesita trabajar para subvenir sus necesidades personales y familiares.

Refiere que la actuación de la Fiscalía representa una transgresión a lo dispuesto en el art. 40 del D.L. 020/2014,

por cuanto en dicho precepto se consagra que el nominador cuenta con 20 días hábiles para efectuar los nombramientos en período de prueba, una vez que haya recibido la lista de elegibles. Agrega que la interpretación de la Comisión de Carrera, según la cual el nombramiento debe realizarse en estricto orden de mérito con los aspirantes que ocupen los primeros lugares y de acuerdo al número de empleos ofertados por grupo en cada una de las convocatorias, es errada, pues en rigor debe designarse *«a todos los que se encuentren dentro del rango de los convocados en las respectivas convocatorias»*.

Refiere que no tiene lógica esperar 2 años para ser nombrada, puesto que ocupa el puesto 58 y existen 95 vacantes, de suerte que se encuentra dentro del rango de elegibles. Aclara que es distinta su situación en el concurso originado en la convocatoria n. 003 de 2008, para el cargo de Profesional Universitario III, hoy Profesional de Gestión III, toda vez que, al haber ocupado el puesto 113, no está dentro de las 63 vacantes a proveer, por lo que debe esperar a que se agote la lista.

Finalmente, llama la atención de que en la respuesta al derecho de petición que presentó, no se le haya brindado una información completa acerca de las personas que han sido nombradas, lo cual, a su modo de ver, desconoce su derecho a ser informada permanentemente.

Con asidero en todo lo anterior, solicita: (i) su nombramiento inmediato en período de prueba para el

cargo de Profesional Universitario II – Grupo I, hoy Profesional de Gestión II; (ii) se proceda a nombrar las personas que estén en lista de elegibles para el cargo de Profesional Universitario III, hoy Profesional de Gestión III, y se publique dicha información, a fin de saber a «ciencia cierta» el número de personas que no aceptaron el empleo y, de esa manera, hacerle seguimiento al proceso en atención a su expectativa de ser nombrada; y (iii) que su nombramiento recaiga en el lugar en que reside, para «evitar una retaliación» y garantizar sus derechos fundamentales, pues su núcleo familiar está en el lugar «donde ha vivido».

II. TRÁMITE Y DECISIÓN DE INSTANCIA

Mediante auto proferido el 28 de octubre de 2015, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, admitió la acción de tutela y ordenó vincular a las personas que estuvieren ocupando los cargos ofertados mediante las convocatorias números 003 y 004 de 2008, así como a todos los terceros que consideren afectados sus derechos con ocasión de la acción de amparo.

Dentro del trámite, la Directora Jurídica de la Fiscalía General de la Nación se opuso a la prosperidad de la tutela por cuanto (1) la acción era improcedente, y (2) la entidad no había vulnerado los derechos fundamentales de la actora.

En cuanto a lo primero (1), refirió que la promotora del amparo cuenta con un mecanismo de defensa judicial

idóneo, a saber: la acción de cumplimiento. Adicionalmente, adujo que no se encuentra acreditada la existencia de un perjuicio irremediable, y la tutela, por regla general, no es viable contra actos de la administración.

En cuanto a lo segundo (2), sostiene que la entidad no vulneró el derecho de petición, toda vez que dio respuesta clara, precisa y de fondo a la petición que presentó la actora ante la Subdirección de Apoyo a la Comisión de Carrera Especial. De otro lado, señala que el término de 20 días previsto en el art. 40 del D.L. 020/2014 para efectuar los nombramientos, no resulta aplicable, en razón a que el art. 120 del mismo decreto, establece que los procesos en curso deben desarrollarse hasta su culminación con las normas vigentes al momento de la convocatoria. En esa dirección, precisa que la norma vigente y aplicable al concurso, es la L. 938/2004, la cual, si bien no consagra un término perentorio para realizar los nombramientos, sí prevé que la lista de elegibles tiene una vigencia de dos años, *«lapso durante el cual la Entidad podrá tramitar el respectivo nombramiento»*.

Refiere que no es posible designar a la actora en la ciudad de Santa Marta, en la medida que los cargos objeto de las convocatorias se ofertan sin consideración a su ubicación geográfica o la dependencia específica dentro de la planta global y flexible de la entidad. Añade que esta situación era conocida por la accionante desde el momento en que aspiró al empleo.

Finalmente, se opone a la publicación de las listas de las personas nombradas en periodo de prueba, en virtud a que las vinculaciones se realizan a través de actos administrativos particulares y concretos, motivo por el cual, la información que en ellos reposa es de interés único y exclusivo de la persona a la cual va dirigido y tiene carácter reservado, a la luz del art. 24 de la Ley Estatutaria 1755/2015 y del CPACA.

Surtido el trámite de rigor, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, mediante fallo del 11 de noviembre de 2015, tuteló los derechos fundamentales de la actora y, para su efectiva protección, dispuso *«Ordenar a la Fiscalía General de la Nación, para que dentro del término improrrogable de veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a dar continuidad al proceso de nombramiento en período de prueba a la accionante, en uno de los 95 cargos ofertados en período de prueba en la Convocatoria No. 004 de 2008 de Profesional Universitario II, grupo I, hoy Profesional de Gestión II, atendiendo el puntaje que la promotora obtuvo dentro de la lista de elegibles y el respeto al nombramiento de los concursantes que se encuentran en forma precedente dentro del mismo registro»*.

En sustento de su decisión y previo a analizar la situación concreta de la actora, el Tribunal consideró que la acción de tutela era procedente, como quiera que las acciones contencioso administrativas y la acción de cumplimiento, no eran idóneas y eficaces para garantizar los derechos de los participantes en un concurso de

méritos. En apoyo de lo anterior, citó la sentencia T-569/2011 de la Corte Constitucional.

A continuación, sostuvo que la interpretación de la Fiscalía, según la cual contaba con dos años para realizar los nombramientos, era lesiva de los derechos de los concursantes, dado que *«no puede considerarse que a falta de disposición normativa que establezca el término para que el nominador efectúe el nombramiento en período de prueba, se adopte la vigencia del registro de elegibles, pues eso puede llegar al absurdo, de que existiendo las plazas vacantes o en provisionalidad o en encargo, la entidad empiece a realizar el proceso cuando este término está a punto de completarse o se tome todo ese lapso con la eventualidad de que al sobrepasar los dos años y se encuentre vencida la lista, la entidad sencillamente alegue, que por cuestión de la vigencia del registro, ya no es posible hacer más nombramientos, defraudando con ello las esperanzas, pero sobre todo, el derecho de los concursantes a acceder al empleo público, luego de haber superado las diversas fases del proceso selectivo, que demostraba que eran los más idóneos o calificados para ocupar las plazas objeto del concurso»*.

Adujo que no era acertado aseverar que, ante la ausencia de regulación en la L. 938/2004 de un término para efectuar los nombramientos, se acuda al de la vigencia de la lista de elegibles, ya que el art. 3º de la L. 909/2004 es muy claro en estatuir que ante los vacíos en los regímenes especiales de carrera, sus disposiciones aplican con carácter supletorio. Señala que por lo anterior es procedente dar aplicación al art. 32 del D. 1227/2005, que consagra un término de 10 días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles, para realizar los nombramientos en período de prueba en los empleos objeto del concurso.

Estimó que la accionante tenía derecho «a que la entidad continúe con el proceso de nombramiento en propiedad, debido precisamente a que son varios los cargos disponibles y la concursante se encuentra dentro del rango que permite su ubicación directa», ya que, respecto a la convocatoria n. 004 de 2008, ocupó el puesto 58 de la lista de elegibles publicada mediante Acuerdo n. 029 de 13 de julio de 2015, en la cual se ofertaron 95 empleos para el cargo de Profesional Universitario II – Grupo I, hoy Profesional de Gestión II.

Refirió que su decisión no afecta a los servidores que gozan de una especial protección constitucional, por cuanto prevalecen los derechos de quienes salen victoriosos en un concurso de méritos; y, finalmente, expresó:

Cabe agregar por esta Sala, que si bien, se concluyó que la Fiscalía General de la Nación, debió adoptar el término previsto en el artículo 32 del Decreto 1227 de 2005 para proceder a efectuar los respectivos nombramientos de los elegibles para el concurso público que venía rigiéndose por la Ley 938 de 2004, es de 10 días hábiles siguientes al envío de la lista, no se puede desconocer, que la entidad atraviesa en la actualidad por un período de renovación de su estructura de personal para atender los nuevos requerimientos de investigación criminal que le han sido confiados por el legislador, lo cual puede llevar a que se presente una especie de congestión o traumatismo en la designación de las personas que pasan a ocupar los nuevos cargos en carrera; de ahí que la Sala considere, que para este caso concreto, que la entidad tenga veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de esta decisión, para que proceda a dar continuidad al proceso de nombramiento en período de prueba a la señora Carmen Rosa Carreño Gómez, en uno de los 95 cargos de los ofertados en la Convocatoria No. 004 de 2008 de Profesional Universitario II, grupo I, hoy Profesional de Gestión II; claro está atendiendo el puntaje que la promotora del amparo obtuvo dentro de la lista de elegibles y el respeto al nombramiento de los concursantes que se encuentran en forma precedente dentro del mismo registro.

III. IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, el accionado la impugnó.

Argumenta para dichos efectos, que el art. 32 del D. 1227/2005 no aplica al concurso adelantado por la Fiscalía General de la Nación, en la medida que ésta entidad cuenta con un régimen especial de origen constitucional, que tiene su propia reglamentación prevista en la L. 938/2004 y los acuerdos de convocatoria respectivos.

Al compás de lo precedente, sostiene que si bien la L. 909/2004 aplica supletoriamente, dicho cuerpo normativo tampoco prevé un término de nombramiento en período de prueba, y, por su parte, el D. 1227/2005 únicamente cobra vigor respecto a los concursos administrados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, dentro de los cuales se encuentra el del régimen de carrera general y los específicos de orden legal, más no los especiales, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional.

Aduce que, no obstante existir un vacío en cuanto al tiempo con el que cuenta la entidad para efectuar los nombramientos, la Fiscalía no ha actuado arbitrariamente ni desproporcionadamente, sino que, por el contrario, ha implementado una metodología.

A ese respecto, explica que el proceso de nombramiento de los elegibles ha enfrentado diferentes situaciones externas. Para dar cuenta de esto, trae a

colación los sucesos normativos que han impactado el concurso, como lo es la expedición los actos legislativos 01/2005 y 04/2011, así como las sentencias C-588/2009 y C-305/2012, mediante las cuales fueron declarados inexecutable, respectivamente, esas reformas constitucionales. De igual manera, memora algunos fallos de tutela emitidos por los jueces administrativos y la Corte Constitucional, que han afectado el proceso.

Adicionalmente, refiere que los procesos de nombramiento han buscado dar cumplimiento a la ley y evitar traumatismos en el desarrollo de las actividades administrativas y financieras. En ese sentido, arguye que la provisión de la totalidad de los cargos ofertados no puede darse en 10 días, como lo pretende el Tribunal, pues si así se hiciera, habría que desvincular a todos los que se encuentran ocupando cargos en provisionalidad, lo cual *«afectaría el normal funcionamiento del área administrativa y financiera, causando un traumatismo en las labores de la entidad»*. Todo esto sin perjuicio del respeto debido a las personas que tienen una especial protección constitucional, según lo adocinado por la Corte Constitucional en las sentencias SU-446/2011 y SU-070/2013.

Asegura que los nombramientos deben también enfrentar un procedimiento administrativo que cubra dos fases y dentro de las cuales se encuentran situaciones tales como: el estudio de seguridad que debe realizar la Dirección Nacional de Protección y Asistencia; la determinación del lugar donde se requiere el empleo a proveer por parte de la

Dirección Nacional de Apoyo a la Gestión, de acuerdo con las necesidades del servicio; los actos administrativos de nombramiento a cargo del Fiscal, como ente nominador y, su posterior remisión a la Subdirección de Talento Humano, para su clasificación, según las Subdirecciones Seccionales donde se proveerá el empleo; la consolidación de los datos de las personas a notificar y la remisión de los paquetes a cada Subdirección; y la notificación de los actos administrativos de nombramiento (Fase I). Precisa que lo anterior, a su vez, implica la actualización de las listas de elegibles, esto es, reconsolidar el grupo de personas a nombrar, debido a que no es posible conocer a los que no aceptarán el cargo o no serán reubicados (Fase II). Agrega que, la culminación fase II conlleva nuevamente a repetir el procedimiento de la fase I.

Finalmente y de cara a la situación de la accionante, refiere que de las 95 vacantes ofertadas en la convocatoria n. 004 de 2008, se han provisto 34, razón por la cual, a la actora le anteceden 24 personas, que igualmente tienen derecho a ser nombradas en igualdad de condiciones y por mérito.

IV. CONSIDERACIONES

Previo a resolver la impugnación presentada por la accionada, la Sala abordará el estudio de algunos temas, que a su juicio resultan relevantes para efectos de la decisión que se va a adoptar. Estos tópicos son los siguientes: (1) el régimen especial de carrera de la Fiscalía

General de la Nación; y (2) el término a observarse para proveer los empleos ofertados, con las personas inscritas en el registro de elegibles. Por último, y de acuerdo con las conclusiones que arroje el análisis de esos aspectos, se ofrecerá una solución al caso (3).

(1) Régimen especial de carrera de la Fiscalía General de la Nación

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

De allí la importancia que la jurisprudencia constitucional le ha atribuido a la carrera administrativa en la estructura institucional del Estado colombiano y su consideración como *«un principio constitucional, y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional»* (C-588-2009).

En el ordenamiento jurídico colombiano, la regulación del sistema de carrera administrativa no es unívoca y uniforme para todas las entidades que integran la estructura del Estado. La Constitución y la ley, sin perder de vista los principios básicos sobre los que debe cimentarse la función pública (mérito, igualdad de oportunidades y estabilidad), y consciente de la necesidad de fijar en favor de determinados órganos un régimen singular, que atendiera a la naturaleza y peculiaridades de sus funciones y objetivos, consagró, paralelamente al régimen de carrera general, unos sistemas especiales y otros específicos o netamente legislativos.

Así, normativamente pueden identificarse tres grandes categorías o grupos de sistemas de carrera administrativa: (a) un régimen general, implementado por la L. 909/2004 y sus decretos reglamentarios; (b) un régimen especial, de origen constitucional, cuyo desarrollo fue diferido autónomamente al legislador; y (c) un régimen específico, de orden estrictamente legal, el cual si bien no cuenta con un referente directo en la Constitución, es concebido por el legislador *«en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican»*, lo que amerita *«regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal»* (art. 4º L. 909/2004).

Dentro de la segunda categoría se encuentra el régimen de carrera de la Fiscalía General de la Nación, en virtud de que su fuente originaria reside en el art. 235 de la Constitución Política, que, a su vez, delega al legislador la tarea de determinar lo relativo *«al ingreso por carrera y al retiro del servicio»*.

Así y en desarrollo de este mandato, en armonía con el artículo transitorio 5º de la misma obra, el legislador extraordinario, inicialmente, expidió el D. 2699/1991 *«Por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación»*, que en su capítulo II definió lo relativo al régimen de carrera de la entidad. Posteriormente, el tema fue regulado en la L. 938/2004, que en su título VI incluyó una serie de disposiciones orientadas a delinear el ingreso por carrera, el proceso de selección, convocatoria, candidatos, registro de elegibles, provisión de los cargos, período de prueba, inducción, nombramientos, calificación y retiro del servicio. Finalmente, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la L. 1654/2013, el Ejecutivo expidió el D. 020/2014 *«Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas»*.

De esta suerte, la Fiscalía cuenta con un régimen especial y distinguible del general previsto en la L. 909/2004 y sus decretos reglamentarios, lo que significa, que los aspectos y vicisitudes que incumban a la carrera de este organismo, deben resolverse, prevalentemente, con sus propias normas.

(2) Término para proveer los empleos ofertados, con los aspirantes inscritos en el registro de elegibles

Visto en líneas atrás, que la Fiscalía General de la Nación cuenta con un régimen propio y especial, de consulta obligatoria, corresponde ahora indagar si sus disposición prevén un término para la provisión de los cargos ofertados en las respectivas convocatorias, con las personas elegibles según las reglas del concurso de méritos.

A ese respecto, conviene anotar que, tal y como lo esgrime la entidad y el Tribunal, la L. 938/2004 guarda absoluto silencio. Ahora bien, para colmar esta laguna normativa, no es posible *en principio* aplicar el término de 20 días hábiles de que trata el art. 40 del D.L. 020/2014, en la medida que el art. 120 de la misma legislación establece la regla según la cual, los procesos de selección en curso deben *«desarrollarse hasta su culminación con las normas vigentes en el momento de la convocatoria»*, y recuérdese que la convocatoria que concita la presente disputa constitucional data del 2008.

Puesta así las cosas, cabría entonces argüir cuatro tesis en cuanto al término con el que cuenta la Fiscalía para efectuar los nombramientos en período de prueba:

(a) No existe un término y por lo tanto queda a discreción de la Fiscalía determinar la fecha de nombramiento

Evidentemente, esta tesis riñe con el principio de legalidad del Estado de Derecho, conforme al cual todas las actuaciones de los poderes públicos deben someterse al imperio de la Constitución y la ley, por lo que no puede quedar al arbitrio de la entidad definir la fecha de nombramiento de quienes resulten victoriosos en el concurso de méritos.

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

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

En primer lugar, no es posible, desde el prisma de la metodología jurídica, tomar analógicamente el plazo de vigencia del registro de elegibles. La analogía, como figura para colmar las lagunas normativas, es permitido utilizarla cuando entre dos supuestos de hecho existe una similitud, analogía o *identidad sustancial*¹.

En el *sub examine*, es notable que la vigencia de la lista de elegibles no puede ser utilizada como parámetro

¹ GUATINI, Riccardo: Interpretar y argumentar. Álvarez Medina Silvina (trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

para definir el término de provisión de los cargos en período de prueba, por la potísima razón de que el concurso y el nombramiento de las concursantes elegibles, está concebido para realizarse en un lapso corto y razonable, dada la necesidad de las entidades de contar con personal idóneo y competente para el desarrollo eficaz de sus cometidos, y el derecho subjetivo de los concursantes ganadores de acceder oportunamente al empleo público, sin más limitantes que las previstas en la ley y la oferta disponible.

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

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

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

(c) El plazo para efectuar los nombramientos es de 10 días, por aplicación supletoria del art. 32 del D. 1227/2005

Una de las alternativas que cobra más fuerza es aquella según la cual, los vacíos normativos existentes en las carreras especiales, deben ser llenados con las disposiciones del régimen general de carrera administrativa.

A ese respecto, la L. 909/2004, en su num. 2º art. 3º, establece expresamente que sus disposiciones *«aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales»*, motivo por el cual, es dable entender que el término de 10 días hábiles de que trata el art. 32 del

D. 1227/2005, reglamentario de la precitada ley, es aplicable.

No obstante la solidez de esta orientación, la Corte estima que, en el caso puntual de la carrera especial de la Fiscalía General de la Nación, no puede procederse de esa manera, pues, en efecto, existe una etapa adicional que debe surtir la Fiscalía en su proceso de nombramiento, no prevista generalmente en otras entidades estatales.

Particularmente, se refiere la Corte al estudio de seguridad reservado que debe evacuarse por la Dirección Nacional de Protección y Asistencia, previo a la expedición de la resolución de nombramiento en período de prueba. Dicho estudio comprende aspectos tales como la verificación de datos, autenticidad de documentos, verificación de estudios, entorno social, laboral y familiar, antecedentes, entre otros.

En consecuencia, existe un elemento relevante en el proceso de nombramiento de los servidores, no previsto para otras entidades, que hace que la aplicación del término de 10 días del art. 32 del D. 1227/2005 resulte desproporcionado e inconsulto de la situación específica de la entidad accionada, por lo que su aplicación debe ser desestimada.

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

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

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

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

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

En primer lugar, ese es el término con el que cuenta actualmente el nominador para vincular a las personas que

haya superado el concurso de méritos, por manera que, no existe ninguna justificación para afirmar que frente a los nuevos procesos se puede cumplir pero frente a los antiguos no, máxime si se trata de un decreto expedido hace poco más de dos años al amparo de una política de modernización de la institución.

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

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

Estos aspectos, destacados por el ente accionado en la impugnación, denotan que en la actualidad el procedimiento tantas veces mencionado, se ha flexibilizado, para dar cumplimiento oportuno a los nombramientos de los aspirantes se encuentran en el registro de elegibles, por lo que no puede constituir una justificación atendible.

De igual modo, tampoco son de recibo los argumentos de la Fiscalía referidos a los sucesos normativos y jurisprudenciales que impactaron el desenvolvimiento lineal del concurso público, tales como los actos legislativos 01/2005 y 04/2011, así como las sentencias C-588/2009 y C-305/2012, mediante las cuales fueron declarados inexecutable, respectivamente, esas reformas constitucionales, dado que esos son eventos pasados, relacionados con un proceso distinto y que no tienen por qué afectar los nombramientos de las personas que resultaron elegibles.

En idéntico sentido, no puede tener cabida las afirmaciones según las cuales el nombramiento inmediato de los aspirantes supondría la desvinculación de las personas que se encuentran en provisionalidad, lo cual *«afectaría el normal funcionamiento del área administrativa y financiera, causando un traumatismo en las labores de la entidad»*. Lo anterior habida cuenta que quienes ingresan a al servicio público se supone que tienen las aptitudes, conocimientos, experiencia, idoneidad y competencias propias del cargo, amén que han recibido una capacitación y un adiestramiento adecuado, de suerte que, la

desvinculación de los provisionales para en su lugar ocupar los cargos con personal de carrera, no tiene porqué lesionar negativamente el funcionamiento de la entidad.

En cuanto a la salvaguarda de los derechos de los sujetos de especial protección constitucional, cumple señalar, que no debe constituir un obstáculo para los nombramientos de quienes han superado exitosamente el concurso. La Corte Constitucional en la sentencia SU-446/2011, nunca dijo que esas personas tuvieran un fuero laboral absoluto e inamovible; antes bien, explicó que la Fiscalía debe procurar que esas personas sean las *«últimas en ser desvinculadas»* pues en todo caso *«prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos»*. Similar consideración se hizo en la sentencia SU-070/2013 respecto a las mujeres en estado de embarazo, al puntualizarse que *«Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó»*.

Lo precedente quiere decir que la entidad debe identificar y procurar remover de último a los empleados en situación de provisionalidad que gocen de una especial protección constitucional, a fin de garantizar, en la medida de lo posible, sus derechos constitucionales, sin que esto signifique reconocer en su favor una estabilidad absoluta en el empleo, pues, de cualquier manera, el derecho de quienes

han superado las etapas del concurso es superior al de aquellos.

Por último, para la Sala tampoco son justificativas las fases del proceso de nombramiento que muy detalladamente se describen en la impugnación, toda vez que conciernen a trámites internos y propios de la entidad, que en modo alguno son oponibles a quienes tienen un derecho subjetivo a ser nombrados, por cumplir a cabalidad con todos los requisitos. Adicionalmente, advierte la Corte que estos trámites no tienen nada diferente y peculiar a los que se dan al interior de otras entidades de la administración, por lo que las demoras que se presenten en los mismos denotan, más que factores objetivos o de fuerza mayor de retraso en los procesos de vinculación, dificultades complejas de organización administrativa.

(3) Caso concreto

Son hechos indiscutidos en la presente acción, los siguientes: *(i)* en el concurso de méritos del área administrativa y financiera del año 2008, la actora ocupó el puesto n. 58 de la lista definitiva de elegibles publicada mediante Acuerdo n. 0029 del 13 de julio de 2015, para el cargo de Profesional Universitario II – Grupo I, hoy Profesional de Gestión II; y *(ii)* de acuerdo a lo consignado en la convocatoria n. 004 de 2008, para este cargo y para este grupo, se ofertaron 95 empleos, motivo por el cual la accionante se encuentra en orden de elegibilidad para llenar las vacantes correspondientes.

De acuerdo con lo anterior, y como quiera que a la fecha no se tiene noticia de que se haya producido el nombramiento de la actora en período de prueba, no obstante haberse superado el término de 20 días hábiles estimado en líneas atrás como adecuado jurídica y fácticamente para proceder con su vinculación, estima la Corte que la entidad ha vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso en condiciones de igualdad y oportunidad a los cargos públicos.

Por lo anterior, se considera la decisión del Tribunal es acertada, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Para finalizar, no sobra aclararle a la Fiscalía, que la resolución del juez constitucional *a quo*, que ahora confirma esta Sala, no supone la pretermisión o una indebida alteración del orden de méritos para proveer los cargos ofertados. Por el contrario, la decisión fue explícita en señalar que, dentro de los 20 días hábiles siguientes, debía darse continuidad al proceso de nombramiento en período de prueba, *«atendiendo el puntaje que la promotora obtuvo dentro de la lista de elegibles **y el respeto al nombramiento de los concursantes que se encuentran en forma precedente dentro del mismo registro**»*.

Lo expuesto se traduce en que el ente acusador, en aras de proteger los derechos fundamentales de la actora, debe proceder, en el término de 20 días hábiles, a nombrar

en estricto orden de mérito y en forma descendente, a las personas que se encuentren en el registro de elegibles, hasta alcanzar el puesto que aquella obtuvo en el concurso de méritos. Nombramiento que, además, debe realizarse *en los precisos términos de la convocatoria*, y en el lugar y dependencia previstos en ese acto administrativo.

Sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se procederá a confirmar el fallo impugnado.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

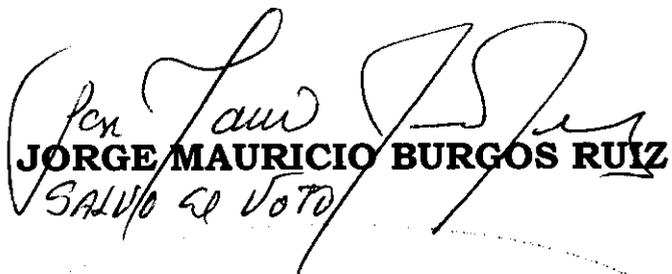
PRIMERO: Confirmar el fallo impugnado, por las razones consignadas en la parte motiva.

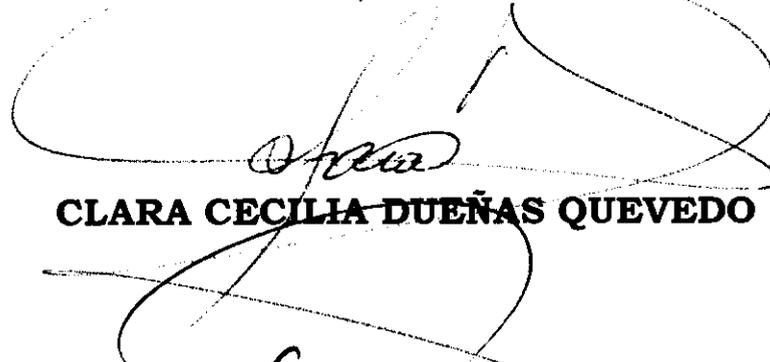
SEGUNDO: Comunicar a los interesados en la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

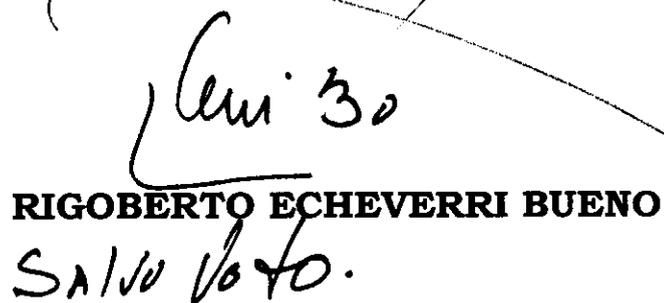
TERCERO. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

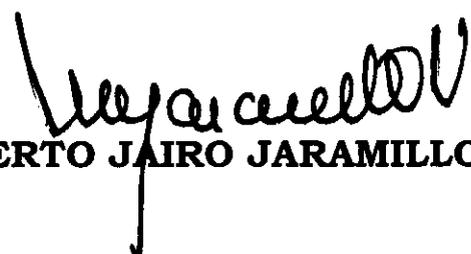
Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.


LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
Presidente de Sala
Salvo voto

pen Law

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ
SALVO el voto


CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Ami 30

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO
SALVO voto.


HUMBERTO JAIRO JARAMILLO VALLEJO


GUILLERMO BAENA PIANETA


CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE