



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C**

CONSEJERO PONENTE: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Referencia: Acción de Tutela
Radicación: 11001-03-15-000-2019-04598-00
Accionante: Luz Marina Peña Ramírez
Accionados: Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

AUTO ADMISORIO

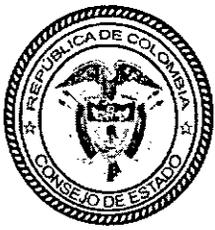
Luz Marina Peña Ramírez, presentó solicitud de amparo en contra de la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que alegó la vulneración de sus derechos al debido proceso y a la igualdad, además del principio de favorabilidad, a partir de la sentencia del 29 de agosto de 2019 proferida por la autoridad accionada, que modificó la sentencia de primera instancia del proceso con número de radicación 11001-33-35-019-2015-00913-01, agregando la condición de que la indemnización reconocida no puede exceder veinticuatro meses de salario y de esta se deben descontar las sumas que por cualquier otro concepto laboral haya percibido la accionante desde el momento de la desvinculación.

En el referido escrito de tutela, la accionante solicitó que se oficiara a la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que allegara a este trámite el expediente del proceso ordinario reprochado. Sin embargo, este Despacho no lo considera necesario, en tanto que, para efectos de resolver sobre la alegación de tutela relacionada con el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente aplicable, el juicio de amparo solo requiere el estudio de la providencia cuestionada, que, en este caso, ya consta en el expediente.

El Despacho, al encontrar reunidos los requisitos previstos en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991 y por ser competente para conocer del trámite de la presente acción de conformidad con lo establecido en el Artículo 86 de la Constitución Política, en el Decreto 2591 de 1991, en el Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y en el Acuerdo de Sala Plena del Consejo de Estado No. 080 de 12 de marzo de 2019,

RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR la acción de tutela interpuesta por Luz Marina Peña Ramírez, en contra de la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.



SEGUNDO: VINCULAR a la presente acción, como terceros interesados, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario —INPEC— en su condición de demandado en el proceso ordinario objeto de esta tutela, y al Juzgado Diecinueve Administrativo del Circuito de Bogotá que fungió como juez de primera instancia en el proceso ordinario reprochado.

TERCERO: NOTIFICAR la presente providencia a las partes y a los terceros interesados de la forma más expedita posible.

La Secretaría General solamente **devolverá** el expediente al Despacho una vez se hayan notificado efectivamente a los sujetos procesales.

CUARTO: COMUNICAR a la parte accionada y a los terceros interesados que podrán presentar informes sobre los hechos en que se sustenta la presente acción, en el término de dos (2) días contados a partir del recibo de la notificación. Estos se considerarán rendidos bajo juramento (artículos 19 y 20 del Decreto 2591 de 1991).

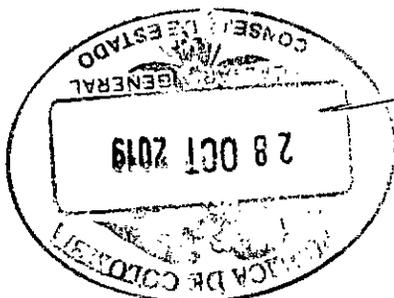
QUINTO: TENER como pruebas los documentos aportados con el escrito de tutela.

SEXTO: NEGAR la solicitud de prueba realizada por Luz Marina Peña Ramírez consistente en oficiar a la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que allegue el expediente del trámite ordinario reprochado.

SÉPTIMO: ORDENAR a la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y al Juzgado Diecinueve Administrativo del Circuito de Bogotá, quien tenga el expediente, que notifique el presente trámite de tutela a las partes y terceros interesados dentro del trámite de nulidad y restablecimiento del derecho 11001-33-35-019-2015-00913-01, que no se hayan incluido en el numeral segundo de esta providencia. Sobre el cumplimiento de esta orden, se deberá allegar una constancia con destino a este proceso.

OCTAVO: SUSPENDER los términos de la presente acción constitucional hasta tanto se dé cumplimiento a las órdenes impartidas en esta providencia y el expediente regrese al Despacho desde la Secretaría General.

Notifíquese y cúmplase,



JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

Honorable
Consejo de Estado
E. S. D.

lw-94 A HCB
CONSEJO DE ESTADO

2019 OCT 23 12:45PM

SECRETARIA GENERAL

Asunto: Acción de tutela – Vía de hecho
Accionante: LUZ MARINA PEÑA RAMIREZ
Accionados: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CUNDINAMARCA – SECCION SEGUNDA – SUB SECCION "D"

LUZ MARINA PEÑA RAMIREZ, actuando en mi propio nombre y representación, e identificada con la cédula de ciudadanía número 51.898.357 de Bogotá, por medio del presente escrito me permito instaurar **ACCIÓN DE TUTELA**, en contra en contra del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCION SEGUNDA – SUB SECCION "D"** , para que se protejan los derechos constitucionales fundamentales de; **DERECHO AL DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, FAVORABILIDAD**, Por incurrir en una **VIA DE HECHO POR DEFECTO SUSTANTIVO Y POR DEFECTO SUSTANTIVO**, al emitir la sentencia datada el 29 de agosto de 2019, dentro de Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra del INPEC, con radicación número 11001333501920150091301, por lo que solicito el amparo de los derechos fundamentales vulnerados por la accionada y contemplados en los Artículos 13, 29, 53 y 229 de la Constitución Política, tutela que tiene fundamento en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: Que la señora **LUZ MARINA PEÑA RAMIREZ**, fue vinculada en provisionalidad al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario **INPEC**, desde el 22 de Febrero de 1996 hasta el 06 de Agosto de 2015, en el cargo de Enfermero Auxiliar, Código 4128, Grado 14, laborando en el Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Bogotá COMEB.

SEGUNDO: Con oficio No. 3300 del 29 de junio de 2012 el Director General del **INPEC** solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantar la convocatoria para la provisión de empleos de carrera con vacantes definitivas de la planta de personal administrativo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

2

TERCERO: Para el 29 de junio de 2012 el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los Empleos del Personal Administrativo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – **INPEC que regía era la Resolución 00952 del 29 de Enero de 2010**, base para reportar la OPEC (Oferta Pública de Empleos de Carrera a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

CUARTO: Mediante Acuerdo No. 297 del 11 de diciembre de 2012 la Comisión Nacional de Servicio Civil, convoca a concurso abierto de méritos para proveer las vacantes definitivas de los empleos de carrera de la planta de personal administrativo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario **INPEC**, mediante la Convocatoria No. 250 de 2012 y se publica con base en el Manual Específico de Funciones vigente y contenido de **la Resolución 00952**.

QUINTO: A partir de la fecha de publicación del anterior acuerdo, se iniciaron las etapas de convocatoria que surtieron las diferentes etapas formuladas en el mencionado acuerdo 297 de 2012.

SEXTO: En el Art. 10 del mencionado Acuerdo 297 de 2012, establece la Oferta Pública de empleos de Carrera (OPEC) para un total de 2137 vacantes.

SEPTIMO: Del 15 de enero de 2013 al 25 de enero del 2013, se señala como fechas para la adquisición del PÍN, el que mi poderdante compro en el Banco Popular.

OCTAVO: La Comisión Nacional del Servicio Civil, expide el Acuerdo No. 303 del 13 de marzo de 2013 que modificó el Acuerdo No. 297 del 11 de diciembre de 2012, convocatoria 250/2012 INPEC – ADMINISTRATIVOS: en su parte considerativa, en el inciso 5 señala: Que mediante oficio No. 12816 del 8 de marzo de 2013, el Director General del INPEC, solicitó a la Comisión modificar la OPEC reportada teniendo en cuenta **que mediante Resolución No. 000571 del 7 de marzo de 2013 ajustó el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos del personal administrativo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC.**

NOVENO: El Acuerdo No. 303 del 13 de Marzo de 2013, ACUERDA en su Art .2: Modificar el número de vacantes: "Convoca a Concurso Abierto de Méritos para proveer DOS MIL CIEN (2100) VACANTES DEFINITIVAS..." ; en el Art. 3, modifica la Oferta Pública de empleos inicial, señala que: "... la OPEC reportada oficialmente a la Comisión Nacional del Servicio Civil es igual a DOS MIL CIEN (2100) vacantes". Y el Art. 4, señala el número de vacantes para cada uno de los cargos a proveer, disminuyendo en 37 vacantes las ofertadas en el numeral 10 del Acuerdo 297 de 11 de

diciembre de 2012, además indica que en "...la OPEC aparecen los nuevos perfiles de empleos adoptados por el INPEC, constituyéndose en una obligación a cargo del aspirante, revisar y analizar de manera detallada la OPEC, **antes de su inscripción** en el proceso de selección.

DECIMO: El día 15 de marzo de 2013 la señora **LUZ MARINA PEÑA RAMIREZ**, ingreso a la página web de la Comisión Nacional de Servicio Civil, y ya se había publicado el Acuerdo No. 303 del 13 de marzo de 2013, sin haberse realizado para esta fecha la publicación oficial en el **INPEC** del nuevo Manual de Funciones contenido en la Resolución número 000571 del 7 de marzo de 2013, por lo que no era exigible a terceros en este caso los concursantes de la Convocatoria 250 de 2012, puesto que la mencionada Resolución No. 000571 fue publicada hasta el 1 de abril de 2013 en la página web del INPEC, siendo hasta este momento conocida por los funcionarios del INPEC y por la ciudadanía en general, por tanto este acto administrativo que adquirió eficacia jurídica y fuerza vinculante a partir de su publicación en la página web del Instituto **NO ANTES**.

DECIMO PRIMERO: En cumplimiento del acuerdo la CNSC convocó a concurso y la señora **LUZ MARINA PEÑA RAMIREZ** realizó la inscripción para el cargo ofertado en la Convocatoria 250 de 2012, para enfermero Auxiliar, Código 4128, Grado 14, del Sistema Específico de Carrera Administrativa del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario **INPEC**, ofertado bajo el número 202729 **y en el que nunca se presentó como vacante para el Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Bogotá COMEB, lugar donde trabajaba la demandante.**

DECIMO SEGUNDO: 15. Mediante acta del 21 de julio de 2015 se notifica personalmente el oficio 85102-SUTAH -GATAL - 11173, datado el 9 de Julio de 2015, suscrito por la Doctora LUZ MYRIAM TIERRADENTRO (Subdirectora de Talento Humano del INPEC), le comunica a LUZ MARINA PEÑA RAMIREZ, el contenido de la Resolución No. 002327 del 1 de Julio de 2015, mediante la que se dispuso la terminación del nombramiento en provisionalidad del empleo denominado Enfermero Auxiliar Código 4128, Grado 14 que desempeñaba en el COMEB de la ciudad de Bogotá para nombrar al señor JHON HEDILBERTO BURGOS BOTINA.

DECIMO TERCERO: La Resolución número 002327 del 1 de Julio de 2015 en su artículo 1, establece: "... *Nombrar en periodo de prueba al Señor **JHONN HEDILBERTO BURGOS BOTINA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.745.670 en el cargo de Enfermero Auxiliar Código 4128 Grado 14, ubicado en **EPMSC TUQUERRES***

DECIMO CUARTO: Mediante acta de entrega de funciones de fecha 06 de Agosto de 2015, la demandante hace entrega de todos los asuntos que

estaban bajo su responsabilidad; a la Coordinadora Atención en salud (EDWARD PEÑA), en atención a que no se presentó ningún funcionario que estuviera nombrado proveniente de la Convocatoria 250 de 2012, hecho que da lugar a que se dejara la siguiente constancia:

(...)

Nota: Se recibe sin verificar la información y se aclara que no llego reemplazo, por lo cual no se garantiza el cumplimiento de estas funciones a cabalidad.

DECIMO QUINTO: En el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogota, en donde se valoraron todas y cada una de las pruebas decretadas por el juez de instancia, dieron como resultados las mismas que eran favorables para los intereses procesales de la suscrita tutelante, fallo que quedo consignado de la siguiente manera:

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 002327 de 1º de julio de 2015, proferida por el **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC**, por medio de la cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante **LUZ MARINA PEÑA RAMIREZ**, identificada con cedula de ciudadanía numero 51. 898.357 de Bogotá, de conformidad con lo expuesta en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC**, a reintegrar a la demandante **LUZ MARINA PEÑA RAMIREZ** identificada con cedula de ciudadanía número 51. 898.357 de Bogotá, al cargo de Enfermero Auxiliar, Código 4128, Grado 14, desempeñando en el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá D.C, o a uno de igual o superior jerarquía, cancelándole la totalidad de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en la que fue retirada del servicio, esto es, el 31 de julio de 2015, y hasta la fecha en que se produzca el reintegro efectivo al cargo sin, que exista solución de continuidad, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

TERCERO: Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente formula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor R se determina multiplicando el valor histórico (R.H), que es lo dejado de percibir por el demandante, el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta decisión, por el índice vigente en la fecha en la que se causaron las sumas adeudadas.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada salarial y prestacional comenzando por la que se debió devengar el actor en el momento de del retiro y para los demás emolumentos, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO: DECLARAR para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de la demandante, **LUZ MARINA PEÑA RAMIREZ**, identificada con numero de cedula de ciudadanía número 51.898.357 de Bogotá con el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC, entre la fecha del retiro y la fecha en la que se produzca su reintegro.

QUINTO: Se **NIEGAN** las demás pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido por la demandante **LUZ MARINA PEÑA RAMIREZ**, identificada con cedula de ciudadanía numero 51. 898.357 de Bogota contra el **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC**.

SEXTO: la entidad demandada, deberá dar cumplimiento a la presente decisión, dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011.

SEPTIMO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

OCTAVO: En firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

DECIMO SEXTO: El Tribunal administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección "D", en la sentencia de segunda instancia proferida el 29 de agosto de 2019, valoro nuevamente mi caso encontrando que efectivamente existe una violación a mis derechos y falla reestableciendo el derecho, sin embargo, al realizar dicho fallo incurre en vías de hecho al modificar el numeral dos, dejando como fallo definitivo el siguiente:

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, **que accedió a las pretensiones de la demanda.**

SEGUNDO: Se **MODIFICA** el numeral 2º del proveído impugnado, el cual quedara así;

Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** al **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCEARIO - INPEC**, a reintegrar, en provisionalidad a la demandante **LUZ MARINA PEÑA RAMIREZ**, identificada con cedula de ciudadanía numero 51. 898.357 de Bogotá, al cargo de **Enfermero Auxiliar**, Código 4128, Grado 14, desempeñando en el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá D.C., o a uno de igual o superior jerarquía, y a **título de indemnización**, se ordena a la demandada cancelar la totalidad de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el **31 de julio de 2015 fecha del retiro**, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, publico o privado, dependiente o independiente, haya recibido la actora sin que la suma a pagar por indemnización exceda de veinticuatro (24) meses de salario.

TERCERO: Se condena en costas de esta instancia a la parte vencida. Líquidense en el Juzgado de Primera Instancia teniendo en cuenta el valor de las agencias en derecho determinado en la parte motiva.

CUARTO: En virtud de lo dispuesto en el artículo 78 del C.G.P. se acepta la renuncia de poder presentada por la Abogada **LADY ANDREA AVILA ARIAS**, identificada con numero de cedula de ciudadanía CC 53.106.993 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 184.946 del CSJ (fls 419 - 421), quien fungía como apoderada del INPEC, toda vez que con solicitud se allego la comunicación de dicha dimisión a la esa Entidad (fls 420 - 421).

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta decisión remítase el expediente al Juzgado de Origen. Cúmplase.

DECIMO SEPTIMO: Tanto el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá al emitir la sentencia de primera instancia, así como el Tribunal administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección "D", en la sentencia de segunda instancia proferida el 29 de agosto de 2019, realizan una valoración jurídica profunda de mi caso en particular llegando a la conclusión que existio un yerro jurídico al no ofertar la vacante de Enfermero Auxiliar, Código 4128, Grado 14, en el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá D.C, y dar por terminada mi relación laboral injustificadamente. Sin embargo, el Tribunal administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección "D", incurre en vía de hecho al modificar el numeral dos del fallo proferido por Juzgado Diecinueve (19) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá y no tener en cuenta el principio de favorabilidad, como bien lo aclara el Magistrado **CERVELEON PADILLA LINARES**, en su documento de ACLARACION DE VOTO.

DECIMO OCTAVO: Con la modificación del fallo en su numeral dos se viola la autonomía judicial por precedente vertical y pese a reestablecer un derecho se generan situaciones de des favorabilidad y es regresivo. Pues no se aplica correctamente el artículo 53 de la Constitución Política, que

7

dispone aplicar la situación mas favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de fuentes formales, dado que el acto de remoción o de terminación laboral injustificadamente le causo un perjuicio consecuente y preciso, desconociendo la unificación de criterio del H. Consejo de Estado.

DE LA VIA DE HECHO

La via de hecho genera una causal que genera nulidad en la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda Subsección D, y son:

CAUSAL: NO SE DIO APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE FAVORABILIDAD AL NO TENER EN CUENTA PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL CONSEJO DE ESTADO EN CASO SIMILAR A LA DE LA DEMANDANTE, SE DESCONOCE LA UNIFICACION DE CRITERIOS DEL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO Y NO SE LE DA APLICACIÓN AL PRECEDENTE VERTICAL.

NO SE DIO APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE FAVORABILIDAD AL NO TENER EN CUENTA PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL CONSEJO DE ESTADO EN CASO SIMILAR A LA DE LA DEMANDANTE

Para que el despacho considere los antecedentes jurisprudenciales sobre hechos similares en primera lugar; Sentencia del 6 de Julio de 2017, emitida por el Juzgado Diecinueve Administrativo del Circuito de Bogotá, dentro de Acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho de **LUZ MARINA PEÑA RAMIREZ** contra INPEC y Sentencia del 12 de Mayo de 2014, emitida por la Sala Contenciosa del Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A, dentro de Acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho de **ALICIA MARTINEZ BARRAGAN** contra FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, providencias que transcribo en apartes para que se tenga en cuenta dentro de las alegaciones de conclusión y que anexo para los fines pertinentes;

SENTENCIA EMITIDA POR EL JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO EN ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO IMPETRADA POR CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ CONTRA EL INPEC.

(...)

3.2. Conclusiones probatorias

En criterio del Despacho no hay duda de que la señora CARMEN ESTELA SANTAMARIA ÁLVAREZ ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera administrativa de la planta de

empleados del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC al momento de su retiro, esto es, el cargo de Técnico Administrativo código 3124, grado 16 en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio.

Igualmente es claro que los motivos aducidos por la administración para proceder al retiro de la señora CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ, se basaron en el nombramiento en periodo de prueba de 19 de los integrantes del registro de elegibles.

Nótese, entonces que la desvinculación de la señora CARMEN ESTELA SANTAMARIA ALVAREZ obedece a la causal prevista por la normatividad, ello es hasta tanto el cargo se provea mediante el concurso de méritos, que para el caso corresponde a la convocatoria 250 de 2012 adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

No obstante, la motivación ofrecida por la administración no resulta clara, ni en la práctica corresponde con el argumento ofrecido, pues, de una parte, tanto en el oficio de fecha 21 de agosto de 2015 mediante el cual se comunicó a la demandante de su desvinculación, como en la respuesta ofrecida a este despacho en atención al requerimiento probatorio obrante a folio 156 y 157, la entidad demandada afirmó que la desvinculación de CARMEN ESTELA SANTAMARIA ALVAREZ, se dio en razón al nombramiento del elegible, CRISTIAN CAMILO GUTIERREZ BERNAL, quien ocupó el puesto 21 de la lista de elegible del empleo denominado Técnico Administrativo, código 3124, grado 16 ofertado mediante el número 202725 en la convocatoria 250 de 2012.

Sin embargo, revisada la resolución 2585 de 22 de julio de 2015, mediante la cual se desvinculó a la demandante, si bien, efectivamente dentro del listado de elegibles que fueron nombrados en el cargo en mención aparece el nombre del señor CRISTIAN CAMILO GUTIERREZ BERNAL, para la sede La Dorada, Caldas, no se observa la correspondencia entre el nombramiento de este y la desvinculación de la actora.

No obra en la motivación de la Resolución 2585 ningún argumento que permita establecer los motivos por los cuales se dio la desvinculación de la señora CARMEN ESTELA SANTAMARIA ALVAREZ para proveer el cargo ofertado en la sede la Dorada, Caldas, y no la de otro de los servidores que ocupan los cargos en provisionalidad y que continuaron ocupándolo luego del nombramiento en periodo de prueba como consta a folio 41 en donde consigna que de los 35 cargos existentes 4 que son ocupados en provisionalidad con vacante definitiva.

Así las cosas si bien, la planta de personal del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC es global y por tanto otorga un margen amplio al factor de discrecionalidad de la administración para definir, de acuerdo a la necesidad de prestación del servicio, las sedes en las cuales es requerido el ejercicio de determinado cargo, lo cierto es que ello no le exime justificar en debida forma esta circunstancia para dar por terminada la vinculación de un empleado en provisionalidad.

En razón a ello puede concluirse que la decisión adoptada por la institución es contraria a la estabilidad laboral intermedia que la Constitución y la ley otorgan a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera y que se traduce en que "mientras no se configure una justa causa disciplinaria o se convoque el respectivo concurso de méritos y se provea el cargo mediante tal sistema, un empleado que ocupe en forma provisional un cargo de carrea no puede ser separado del mismo" (sentencia T-884 de 2002).

Pues pese a que de acuerdo a la Resolución demandada, fue la provisión del cargo mediante concurso lo que opero en este caso, la entidad no justificó ni dio a conocer los criterios que empleó para hacer la correspondencia entre los cargos ocupados por los servidores nombrados y los servidores retirados del servicio, por tanto no se encuentra probado que efectivamente, el nombramiento en periodo de prueba del señor CRISTIAN CAMILO GUTIERREZ BERNA, sea el motivo de desvinculación de la demandante, máxime cuando el mismo acto así no lo menciona, o que efectivamente el cargo de Técnico Administrativo, grado 16 que operaba en la sede de Villavicencio, para satisfacer las necesidades propias de la prestación del servicio haya sido remplazado por el cargo en la sede de la Dorada, Caldas.

No descarta el Despacho que al momento de solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la realización de la convocatoria pública para proveer los cargos, el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC haya realizado el estudio de necesidad y con base en ello solicitó la oferta de los cargos en determinadas sedes. Sin embargo dicha motivación no fue conocida dentro del presente asunto, así como tampoco se conoce la razón por la cual, a pesar de haberse determinado para el año 2012 y 2013 dicha necesidad (bajo el entendido que así lo hizo la entidad al solicitar la convocatoria), el cargo haya seguido operando en la sede de Villavicencio, Meta, sin que afectara la prestación efectiva hasta el año 2016 y como la desvinculación, repentina, con ocasión de la publicación del registro elegibles tampoco la afectó la adecuada operación de las funciones desempeñadas, pues según aparece en el plenario, el cargo no fue ocupado por otro servidor público y las funciones fueron asignadas a una estudiante de psicología.

De manera que, como en este caso el acto de retiro acusado no se puede afirmar que se fundó en ninguna de las causales que, según la jurisprudencia constitucional, hacen procedente el retiro de un servidor titular de dicho derecho relativo, tales como el insatisfactorio cumplimiento de las funciones designadas, la comisión de una falta penal o disciplinaria, o la elección de un funcionario por el sistema de méritos específicamente en el cargo ocupado por la demandante, es claro que el acto acusado es nulo por violación de la estabilidad laboral que amparaba a la demandante.

Ahora bien, el argumento expuesto en las contestación de la demanda del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva en razón a que no fue la entidad que adelantó el concurso de méritos, es claro que esta no prospera pues la causa de la vulneración del derecho de la demandante discutida en este asunto no radica en el proceso de convocatoria o conformación del registro de elegibles, sino en la forma en que fueron provistos los cargos a través del registro de elegibles, encontrando, que el cargo mencionado, no fue ofertado para la sede de Villavicencio, que el mismo era ejercido en provisionalidad por la demandante, y que la decisión de desvinculación no justificó la razón por la cual considero que el cargo en la Dorada, Caldas, correspondía al ejercido en la ciudad de Villavicencio, y dicha decisión obedece únicamente al arbitrio de la entidad demanda sin que en ello intervenga la Comisión Nacional del Servicio Civil.

3.3. Restablecimiento del derecho.

Definido que la demandante era titular de estabilidad laboral relativa, son aplicables al caso las limitaciones que surgen de lo dispuesto en las sentencias SU-556 de 2014 y SU-053 de 2015 de la Corte Constitucional, en materia de restablecimiento del derecho a la estabilidad laboral relativa.

Dichas limitaciones son las siguientes:

"34. Tomando en consideración lo señalado en esta sentencia de unificación, y lo dispuesto en el artículo 123 Superior, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son las siguientes:

- i. El reintegro del servidor público desvinculado a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido, o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso.
- ii. Para el reintegro también deberá examinarse si el servidor público cumple con los requisitos para acceder al cargo público, tales como la carencia de antecedentes penales y disciplinarios. Lo anterior de conformidad con el artículo 123 Superior, que establece que "los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento".
- iii. A título indemnizatorio, sólo se debe pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto público o privado, dependiente o independiente, haya

recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.”

Así las cosas, como consecuencia de la nulidad de la Resolución número 2585 del 22 de julio 2015, proferida por el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC, y si el cargo que ocupaba en provisionalidad la demandante aún no ha sido provisto en debida forma, en propiedad o en periodo de prueba (circunstancia que deberá determinar la entidad demandada), o suprimido y convertido, se ordenará el reintegro de la señora CARMEN ESTELA SANTAMARIA ALVAREZ al cargo de Técnico Administrativo, código 3124, grado 16 del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio.

Igualmente se ordenará el pago indexado de los sueldos, prestaciones y emolumentos dejados de percibir desde el día en que fue desvinculada del servicio y hasta cuando sea efectivamente reintegrada o hasta cuando el nombramiento provisional hubiera tenido vigencia por haberse provisto el cargo por el sistema de méritos, en debida forma, o hasta cuando el empleo fue suprimido o hasta la fecha en que la demandante llegó a la edad de retiro forzoso, descontando de ese monto todo lo que haya percibido la demandante como retribución por su trabajo, ya sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente, sin que en ningún caso la indemnización sea menor a los seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

En efecto, establecido que el nombramiento provisional de la demandante no podía tener vigencia sino hasta el nombramiento en debida forma por el sistema de méritos o la supresión o conversión del cargo, el restablecimiento debe implicar el reintegro sólo si dicha situación no ha ocurrido. Por lo mismo, el reconocimiento de los sueldos y prestaciones dejados de devengar debe operar desde la fecha del retiro hasta el momento en el cual sea efectivamente reintegrada, si es que el reintegro es procedente, o hasta cuando el nombramiento provisional tuvo justificación, en caso contrario.

SENTENCIA EMITIDA POR EL JUZGADO VEINTIOCHO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ EN ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO IMPETRADA POR JANNETH SUAREZ OSORIO CONTRA EL INPEC.

(...)

Como se pone en evidencia, los considerandos de la Resolución hace referencias relevantes en este asunto, tales como el que el designado en periodo de prueba escogió la sede de Pamplona – Norte de Santander, como se indicó, que en el INPEC le garantiza su nombramiento allí y que dicho cargo, al que aspiro el elegible era ocupado por la accionante, lo que de entrada debe decirse que evidentemente no es cierto, pues son ubicaciones geográficas distintas y dicho acto administrativo no comporta en sus motivaciones la reubicación del cargo de Bogotá a Pamplona por razones del servicio, ni tampoco una decisión discrecional del Director del Inpec como se dijo en precedencia, sino que se itera se designa en pamplona al mencionado señor, por el simple hecho de haber ejercido su derecho a escogencia de sede.

Obsérvese como se citó en precedencia, que al margen de que se trate de Planta de Personal Rígida o Global, de acuerdo con el Art. 13, numeral 13.5 del Decreto 1227 de 2005, en la convocatoria del concurso debe indicarse entre otras particularidades, la denominación, el código, el número de empleos ofertados y la ubicación de los mismos, lo que pone en evidencia que si una persona como es el caso del vinculado Cesar Augusto Sierra Giraldo, participo para el cargo de Enfermero Auxiliar Código 4128 Grado 14, interesado en la ubicación geográfica de Pamplona; su aspiración era para ese cargo, mismo que iba a proveerse con el concurso, lo que significa que no pueden afectarse otras vacantes no ofertadas oportunamente o por lo menos a la que no aspira ese concursante al momento de la selección de sede, porque ello sería tanto, como cambiar las reglas del concurso que ata tanto a la administración como a los aspirantes (Art. 90

del Dto. 407 de 1994).

3.3. Lo anterior conduce a revisar cómo se llevó a cabo la convocatoria para el referido cargo bajo el OPEC No. 202790, para establecer si el cargo de la accionante fue ofertado y si además de ello, su nombramiento en provisionalidad debía terminar por el nombramiento de la referida persona.

Revisada entonces la Convocatoria 250 de 2012 y remitida la documentación en un CD Rom por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC (fls. 268 - 269), se cuenta con un archivo denominado "Opec inicial Inpec" págs. 42 - 44, del que se desprende la convocatoria inicial y se observa que para Bogotá se convocó el concurso para las siguientes sedes: **EC BOGOTÁ** se ofertaron 4 cargos, para la sede **EPAMSCAS BOGOTÁ - ERE**, se ofertaron 3 cargos, **ER BOGOTÁ** se ofertó 1 cargo y para Norte de Santander pero en la ciudad de Ocaña **EPMSC OCAÑA**.

Luego aparece otro archivo denominado "ofecfinalinpec1", en el que se advierte que el cargo de Enfermero Auxiliar Código 4128 Grado 14 y se menciona que se ofertan 77 cargos sin determinar ubicación geográfica de los mismos.

(...)

En la página mencionada, en la Convocatoria que es de conocimiento de las partes aparece otro documento en PDF denominado "**Distribución de Sedes de Trabajo**" que respecto de la OPEC 202729 (documento que cuenta con 3 hojas), se trata de una tabla en la que aparecen sendas columnas, enunciando primero el departamento y la ciudad y luego todas la OPEC ofertadas, incluyendo el número 202729, indica que dentro de las 77 vacantes ofertadas aparece Pamplona y no aparece ninguna para la ciudad de Bogotá, incluso en la tabla para Bogotá se indica el número 0, lo que pone en evidencia que no estaba ofertada la vacante de la demandante.

3.4. Entonces para responder a la afirmación de la accionante de que su cargo ejercido en provisionalidad en la sede de Bogotá en el Complejo Carcelario Penitenciario Metropolitano de Bogotá, no fue ofertado en la Convocatoria No. 250 de 2012 bajo la OPEC No. 202729, misma que corresponde a la denominación de Enfermero auxiliar Código 4128 Grado 14, debe decirse que teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el expediente y las publicaciones registradas en la página web de la CNSC, que son de conocimiento para las partes, es cierta tal afirmación.

(...)

A criterio de este Despacho, la convocatoria con la última modificación de marzo de 2013, desconoció el numeral 13.5 del decreto 1227 de 2005, porque no indica de manera puntual la ubicación geográfica de los cargos ofertados por la OPEC No. 202729, sin embargo, en este punto se aclara que esa falencia es relevante para el caso estudiado, pero no puede afectar la convocatoria en sí, porque la misma no es objeto de este medio de control.

3.5. De otra parte, debe tenerse en cuenta que es la Planta Global y Flexible del INPEC, que facilita la movilidad de sus empleados según las necesidades del servicio, para lo cual si se revisa el Art. 24 del Dto. 407 de 1994 que regula el traslado, esta situación administrativa supone la existencia de dos cargos en la planta de personal, uno, el que ejerce en la actualidad el funcionario que va a ser trasladado y el otro, la vacante a la que va a trasladarse, es decir pasa de un cargo a otro, así se ade la misma equivalencia.

Distinto sucede, cuando por virtud de una reforma a la Planta de Personal se traslada un cargo determinado de una sede geográfica a otra, que no es lo que ocurrió en el presente caso, pues no obra en el expediente prueba de ello.

(...)

Entonces, como se ha dicho no es de recibo que la entidad accionada indique en la

contestación de la demanda, que tal actuación encuentra asidero en la facultad legal y discrecional que tiene el director General del INPEC consagrada en el Art. 173 del dto. 407 de 1994, de escoger a cualquiera de los cargos ocupados, pues esa potestad hace referencia a la posibilidad de trasladar un servidor a otra sede a prestar sus servicios. Lo que no ocurrió en este caso, porque se trata de un nombramiento en periodo de prueba después de agotadas las etapas de un concurso público.

Es más la entidad accionada no indicó dentro de sus argumentos defensivos y tampoco lo demostró, que inmediatamente el señor Sierra Giraldo al tomar posesión en la ciudad de Pamplona, fuera trasladado a Bogotá para ocupar la vacante en la que se encontraba la accionante.

El INPEC en este preciso aspecto desconoció la ley del concurso, que lo es el Acuerdo 297 del 11 de diciembre de 2012, pues respecto de la oferta de las vacantes y elección final de las sedes refirió lo siguiente:

"... ARTÍCULO 10º OFERTA PUBLICA ...

PARAGRAFO 3º. La sede de trabajo de los cargos objeto del presente proceso de selección están ubicados en todo el territorio nacional, por lo que conviene que el aspirante verifique la sede de trabajo previo a realizar la inscripción, la misma que aparece detallada, en la oferta de empleos de carrera que hace parte integral de esta Convocatoria.

(...)

ARTÍCULO 51º. Audiencias Públicas: Cuando se reporte más de una vacante de un mismo empleo, con diferente ubicación geográfica, se procederá a realizar una audiencia de escogencia del empleo. La prelación de la escogencia se hará cumpliendo el orden de mérito establecido en la Lista de Elegibles respectiva.

PARÁGRAFO. Para todos los efectos de la Convocatoria, se entenderá por audiencia pública para escogencia de vacante ubicadas en diferentes sedes de trabajo, el mecanismo utilizado por la Cnsc o el Inpec, para que los elegibles en estricto orden de mérito, puedan escoger, puedan escoger la vacante de su preferencia, cuando el empleo para el cual concursan cuenta con mas de una vacante con ubicación geográfica distinta. En estos casos el INPEC, solo podrá actuar, si media previamente la delegación respectiva de la Comisión para estos efectos." (fls. 138 - 160).

Obsérvese que el parágrafo 3º del Art. 10º citado exigía conocer la sede por cargo previa inscripción y conforme con el archivo de PDF del 14 de marzo de 2013, que aparece en la página web de la Comisión nacional del Servicio Civil, para el cargo de enfermero auxiliar Código 4128 Grado 14, no aparecen determinadas con claridad y precisión las sedes, luego no se podía indicar la ciudad desde un inicio y además para la etapa final que son las audiencias de elección de sede, se tiene que una opción de elección de sede lo sería el correo electrónico, que fue por la que optó el elegible convocado a este proceso, conforme se desprende de los considerandos de la Resolución atacada antes citado, soló que para ese evento se mencionó una audiencia pública, la que no se acredita realizada.

Esa normatividad citada fue modificada por el acuerdo 303 del 13 de marzo de 2013 y precisamente, ella dio lugar a la publicación de la oferta del 14 de marzo de 2013, pero se reitera debía indicarse las sedes de trabajo lo que no ocurrió.

Sobre la provisión de vacantes ofertadas en un concurso, el consejo de estado en reciente sentencia indico lo siguiente:

"...Ahora bien, para establecer si la entidad es un caso concreto termino o no válidamente un nombramiento en provisionalidad en presunto cumplimiento del concurso de méritos, es necesario determinar cuántos cargos de la misma denominación del que ocupaba el funcionario en provisionalidad fueron ofertados, y sobre todo, al momento de proferirse la resolución que termino tal nombramiento cuantas personas en dichos cargos en virtud del concurso fueron nombradas en propiedad o en periodo de prueba , porque de establecerse que al momento de desvincular al provisional para nombrar en su lugar a uno de los participantes, se había proveído un número igual o mayor al de los cargos

ofertados, se concluye que la entidad accionada desconoció las reglas del concurso público .

Por ejemplo, si la fiscalía oferto 732 cargos de fiscal delegado ante jueces del circuito "como el que ocupa la demandante", y al momento de preferirse la resolución que termino el nombramiento de un provisional que ostentaba la condición de fiscal delegado ante jueces del circuito, para nombrar en su lugar a uno de los participantes del proceso de selección, se establece que la entidad con anterioridad ha realizado el 732 o más nombramientos para dicho empleo, se tiene que la misma en principio excedió el número de nombramientos que poda realizar a partir del concurso de méritos, que se reitera fue establecido en la convocatoria , que es vinculante tanto para la administración como para los concursantes.

Ahora bien, no basta conocer al momento de proferirse la resolución que reitera a un funcionario en provisionalidad por el concurso de méritos, cuantos nombramientos con ocasión al mismo ha realizado la entidad frente al empleo que ocupaba aquel, toda vez que es probable, que un número significativo de los nombramientos realizados a partir del registro de elegibles se hayan revocado porque los beneficiarios de los mismos no aceptaron el cargo por el cual concursaron o dejaron vencer el termino para posesionarse en el mismo, y de otro lado, porque algunos de los participantes que fueron nombrados en periodo de prueba no superaron este, dejando libres las vacantes que ocuparon transitoriamente para que las mismas sean ocupadas por otras personas que se encuentren en el registro elegibles.

La anterior información es de significativa importancia, porque el propósito del concurso público es que, en el número de cargos ofertados, se realicen nombramientos en propiedad, de carácter definitivo y no solo en periodo de prueba, transitorios o condicionados a que se supere la última etapa del concurso público; de tal manera que la entidad nominadora respetando el número de vacantes que fue objeto del proceso de selección, debe realizar los nombramientos que sean necesarios para proveer la totalidad de estas, sobre todo cuando ha tenido que revocar algunos nombramientos o porque algunos participantes no superaron el periodo de prueba... "

(...)

Para reafirmar lo que se viene diciendo, la accionante elevo un derecho de petición ante la accionada el 4 de septiembre de 2015 , el cual fue atendido por la entidad demandada el 8 de octubre de 2015 , mediante comunicación No. 85102-SUTAH-GATAL- 19271 (fls. 11-12), se informa que el número de plazas en el cargo que desempeñaba la accionante era de 109, de las cuales a esa fecha ya se habían nombrado 55 en periodo de prueba, 22 en carrera administrativa, 3 se encontraban en vacancia temporal, 20 en vacancia definitiva con nombramientos en provisionalidad y 9 vacantes definitivas sin proveer.

Esa documental pone en evidencia que para el año 2015, se habían hecho 55 efectivos 55 nombramientos en periodo de prueba, de las cuales quedaban 22 para proveer según las vacantes ofertadas que eran 77, de los cuales habían 29 vacantes definitivas, lo que no justifica entonces que para nombrar al elegible Cesar Giraldo, hayan retirado a la accionante sin que nadie llegara a cubrir esas funciones.

Lo anterior encuentra respaldo también en el acto de entrega del cargo del 6 de agosto de 2015, que pone de manifiesta la afectación del servicio, pues la accionante entrego su cargo y funciones a quien firma como coordinador de sanidad INPEC, que dejo anotado que la persona que reemplazaría a la demandante no se había hecho presente para recibir las funciones lo que impide atender a la población reclusa que se encuentra en el complejo anotado bajo la custodia del INPEC.

(...)

También, la Resolución No. 002380 del de julio de 2015, incurre en una falsa motivación al indicar que la vacante escogida por el señor Cesar Augusto Sierra Giraldo era aquella ocupada por la señora Janneth Suarez Osorio, lo que no es cierto, por cuanto dicha

empleada no estaba designada en el cargo escogido por el elegible, el cual no fue ofertado, ni en la convocatoria, ni en el documento final de selección de sede que justificara ese proceder de la administración.

Finalmente, ese acto administrativo es una clara evidencia de una desviación de poder por parte del Director General del INPEC de la época, pues el mismo no se encuentra fundado en el mejoramiento constante de la prestación del servicio, sino que lo funda una arbitrariedad en cuanto a la selección para retiro de la enfermera Janneth Suarez Osorio, pues su sede de trabajo lo era el Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Bogotá COMEB y el nombramiento en periodo de prueba lo era en la vacante de la sede EPMSC PAMPLONA, ubicación geográfica distinta de la vacante ocupada por la accionante, afectando el servicio, hecho que era evidente al momento de suscribir la Resolución y que pudo haberse corregido.

3.6. En consecuencia, como medida de restablecimiento se ordenara el reintegro a la accionante JANNETH SUAREZ OSORIO identificada con CC 52.062.946 a su cargo de enfermera Auxiliar Código 4128 Grado 14, en el Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Bogotá COMEB, pues a la fecha no se tiene certeza que el mismo haya sido provisto en carrera Administrativa.

Este reintegro procede sin solución de continuidad por lo que la demandada deberá pagar salarios y prestaciones sociales causadas, así como todo lo pertinente para cubrir las cotizaciones al sistema de seguridad social, asumiendo el INPEC indemnizaciones por mora o indexaciones por cotización tardía a las empresas de seguridad social a las que se encuentre afiliada la accionante.

Esta declaratoria de nulidad será parcial, en la medida que ningún reproche existe respecto a la designación del señor Cesar Augusto Sierra Giraldo, se basa en el desplazamiento de la demandada y como quiera que aquel fue designado en otra sede en uso de su derecho por haber aprobado el concurso.

(...)

DECISION

(...)

Segundo: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL respecto de la Resolución No. 002380 del 01 de julio de 2015, en lo que involucra a la accionante JANNETH SUAREZ OSORIO identificada con CC 52.062.946 de Bogotá, por la razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

Tercero: Condenar al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, a lo siguiente:

- a. **REINTEGRAR** a la accionante JANNETH SUAREZ OSORIO identificada con CC 52.062.946 de Bogotá al cargo que venía ejerciendo en provisionalidad en la planta de personal de la entidad demandada de **ENFERMERA AUXILIAR CODIGO 4128 GRADO 14**, en el complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Bogotá COMEB, conforme con lo expuesto en precedencia y sin solución de continuidad.
- b. **PAGAR** los salarios y demás prestaciones sociales que dejó de devengar la demandante, con ocasión a su retiro desde el 6 de agosto de 2015, fecha en la cual se certifica el retiro de la accionante del servicio hasta la fecha en que se produzca el reintegro de la accionante y en lo sucesivo, con ocasión a la prestación del servicio que realice aquella, en el cargo al que se le reintegra, igualmente deberá efectuar los descuentos para efectos del pago de los aportes al sistema de seguridad social, asumiendo lo pertinente a la mora o indexación que reclamen las empresas del sistema a las que se encuentre afiliado el accionante.

C. Para los fines de la condena pecuniaria en cumplimiento de lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A., las sumas de dinero a reconocer, serán objeto de la indexación con aplicación (...)

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H), que es lo dejado de percibir por el demandante durante el periodo que estuvo cesante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron cada una de las sumas adeudadas.

SENTENCIA DEL 12 DE MAYO DE 2014, EMITIDA POR LA SALA CONTENCIOSA DEL CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A, DENTRO DE ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE ALICIA MARTINEZ BARRAGAN CONTRA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN:

En situación similar a la demandante el Honorable Consejo de Estado, expreso;

(...)

LISTA DE ELEGIBLES EN LA FISCALIA GENERAL DE LA REPUBLICA - No se conforma para proveer cargos no convocados / ACTO DE RETIRO DE FISCAL DELEGADO ANTE TRIBUNAL SUPERIOR EN PROVISIONALIDAD - Falsa motivación, por nombrarse el reemplazo de lista de elegibles de concurso de meritos que no convocó para dicho cargo

De las consideraciones que se invocaron como fundamento en los actos demandados, se puede establecer que la terminación del nombramiento provisional de la demandante, tuvo como objeto nombrar en periodo de prueba a un integrante de la lista en un cargo que no fue sometido al concurso de méritos mediante la Convocatoria 004 de 2007; lo que configura la violación de las normas que rigen el concurso y conlleva la nulidad del acto. La Sala debe precisar que si bien la vinculación de la demandante en el empleo de Fiscal delegada ante Tribunal Superior del Distrito de Ibagué era en provisionalidad, también lo es que la motivación del acto que la desvinculó se torna falsa, en cuanto si bien se estaba haciendo uso de una lista de elegibles, dicha lista no se conformó con el objeto de proveer el empleo que ella desempeñaba, sino los 52 empleos que se ofertaron en la Convocatoria, dentro de los que no estaba el ocupado por la demandante y por lo tanto, no se podía hacer uso de la lista, cuando ya se había agotado el objeto que dio lugar a su conformación.

FUENTE FORMAL: CONVOCATORIA 004 DE 2007 / LEY 938 DE 2004 - ARTICULO 62 / LEY 909 DE 2004 - ARTICULO 31

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUB SECCION "A"**

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00706-01(1769-13)

Actor: ALICIA MARTINEZ BARRAGAN

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

APELACIÓN SENTENCIA

AUTORIDADES NACIONALES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 5 de febrero de 2013 por el Tribunal Administrativo del Tolima.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, Alicia Martínez Barragán solicita al Tribunal declarar parcialmente nulas las Resoluciones Nos. 0-1479 de julio 2 de 2010 y 0-1601 de julio 21 de 2010, en cuanto dieron por terminado su nombramiento en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación.

Como consecuencia de tal declaración pide ordenar su reintegro al cargo que desempeñaba o a otro de superior categoría, siempre que no implique condiciones menos favorables; disponer el pago de las sumas correspondientes a sueldos, primas, prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos dejados de recibir en el cargo que ocupaba, así como los incrementos legales ordenados desde su desvinculación hasta cuando se haga efectivo el reintegro; indexar las sumas debidas; reconocer y pagar daños y perjuicios en cuantía de doscientos salarios mínimos legales mensuales, a causa del retiro injustificado; pagar los gastos médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, medicinas, exámenes de laboratorio en que incurrió durante la separación del cargo, así como las cotizaciones a seguridad social en salud y pensiones durante el mismo tiempo; declarar que para todos los efectos legales no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio y ordenar el cumplimiento de la sentencia en los términos previstos en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Como hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones, la demandante relata los que se resumen a continuación:

Se vinculó a la rama judicial y en ella ha desempeñado diferentes cargos desde el 15 de septiembre de 1983.

Su incorporación en la Fiscalía General se produjo el 1º de julio de 1992, para laborar como Jefe de la Unidad Seccional de Fiscalía Única de Vida grado 19 en la ciudad de Ibagué.

Mediante Resolución No. 088 de octubre 20 de 1997 fue inscrita en el escalafón de carrera de la Fiscalía en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de la Dirección de Fiscalías de Ibagué.

A partir del 30 de abril de 1998 se desempeñó como Jefe de la Unidad Primera de Vida, Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la misma seccional; mientras permaneció en dicho cargo, fue encargada en varias oportunidades como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Ibagué y mediante Resolución No. 000218 de febrero 18 de 2008 se le encargó como Directora Seccional de Fiscalías en esa seccional, encargo de que también fue objeto mediante Resolución No. 000349 de marzo 17.

Debido a su trayectoria y compromiso institucional, mediante Resolución No. 0-4174 de julio 4 de 2008 fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito, dependiente de la Dirección Seccional de Fiscalías de Montería y en virtud de la Resolución No. 2-3053 fue trasladada como Fiscal ante el Tribunal del Distrito de Ibagué.

Estando en ejercicio del cargo anterior, se le encargó como Directora Seccional de Fiscalías de Ibagué mediante Resoluciones Nos. 2-0566 de marzo 13 de 2009 y 00599 de junio 1º del mismo año.

El 28 de diciembre de 2009 le fueron asignadas funciones como Jefe de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué.

Mediante Resolución No. 0-1479 de julio 2 de 2010, el Fiscal General de la Nación dio por terminado el nombramiento provisional, sin tener en cuenta su hoja de vida y larga trayectoria, a pesar de no estar incluida en nómina de pensionados y adujo como argumento el de garantizar el ingreso a quienes por mérito obtuvieron el derecho a ser nombrados en periodo de prueba, y con el fin de garantizar sus derechos de carrera le ordenó reasumir sus funciones como Fiscal delegado ante los Jueces del Circuito, desconociendo su status de prepensionada.

El 9 de agosto de 2010 se expidió la Resolución No. 0349, en la que se informó que su ubicación como Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito se haría en la Unidad de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico, cargo del cual prefirió apartarse porque sus condiciones laborales fueron desmejoradas y se afectó su mínimo vital.

A causa de la situación antedicha, se ha enfrentado a un viacrucis para obtener el reconocimiento de su pensión de jubilación, cuyos pormenores relata de folios 208 a 209.

Su desvinculación como Fiscal Sexto Delegado ante el Tribunal de Ibagué se produjo para que en su reemplazo se nombrara a quien ocupó el puesto 83 de la lista de elegibles de la convocatoria 004 de 2007; sin embargo, la convocatoria tuvo como finalidad cubrir 52 cargos que estaban por proveer, los cuales fueron provistos desde el 19 de abril de 2010; por lo tanto, no era viable su desvinculación, máxime cuando tenía la condición de prepensionada y estaba garantizada por el retén social.

Las anteriores circunstancias dieron lugar a que acudiera a la acción de tutela que fue conocida por el Tribunal Administrativo que en sentencia de septiembre 30 de 2010 amparó sus derechos y ordenó su reintegro al mismo cargo.

Si antes de proveer legalmente los cargos sometidos a concurso se hubiera analizado acuciosamente su hoja de vida, la entidad se habría percatado de su trayectoria e impecable hoja de vida, experiencia, capacidad e idoneidad en el servicio y no la hubiera retirado para nombrar en su reemplazo a quien ocupó el puesto 83 de la lista.

La Resolución No. 0-1479 de julio 2 de 2010 viola sus derechos al mínimo vital, el trabajo, la estabilidad laboral, la seguridad social, el debido proceso y la igualdad porque no existe criterio para adoptar tal decisión de modo que no se violaran sus derechos fundamentales.

Es una persona en edad de pensión, que no tiene condiciones aptas para buscar otro empleo y no cuenta con ingresos diferentes a los que recibe de su relación laboral, razón por la cual se le debió permitir continuar vinculada al cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué hasta que se produjera su retiro del servicio, una vez Cajanal expidiera la resolución de reconocimiento pensional.

La entidad conocía su condición de prepensionada, toda vez que la había puesto en conocimiento y prueba de ello se observa en el oficio de julio 29 de 2010 mediante el cual la Jefe de la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación le dio a conocer un

comunicado que la entidad le envió al Gerente Liquidador de Cajanal a fin de agilizar el reconocimiento de su prestación.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal denegó las súplicas de la demanda.

Adujo que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el principio del mérito es el que principalmente se utiliza para seleccionar a los empleados públicos; que dentro del régimen especial de carrera de la Fiscalía General de la Nación mediante Decreto Ley 2699 de 1991 se consagró el régimen de ingreso, permanencia y ascenso de sus funcionarios y empleados y en su artículo 73 autorizó de manera excepcional la vinculación en provisionalidad y mediante la Ley 938 de 2004 se expidió el Estatuto Orgánico de tal entidad.

Se refirió a las múltiples oportunidades en que la Corte Constitucional ha considerado la necesidad de motivar los actos administrativos mediante los cuales se declara la insubsistencia de un nombramiento provisional.

Sostuvo que la estabilidad de la demandante en el empleo que ocupaba en provisionalidad era relativa y el acto de desvinculación de tal cargo se motivó en la existencia de una lista de elegibles en firme, que debía ser utilizada no solo para cubrir los cargos ofertados en el concurso, sino todos aquellos de la misma denominación que estuvieren vacantes en forma definitiva.

Adujo que en el expediente no hay prueba de que la demandante hubiera presentado proceso de selección de personal para acceder por mérito al cargo que desempeñaba como Fiscal ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial o que estuviera inscrita en carrera judicial en dicho empleo, lo que implica que la administración actuó legalmente al dar por terminado su nombramiento provisional en virtud del mérito y de la aplicación de la lista de elegibles.

En cuanto a la protección de prepensionada, que en garantía del retén social se le debió salvaguardar, aseguró que dicho amparo está concebido para los empleados que se encuentran en dicha condición y la entidad en que laboran afronta un proceso de reestructuración y no es el caso analizado; sin embargo, precisó que en todo caso, dicha figura tiene el objeto de garantizar que la persona que está próxima a pensionarse no sea desvinculada del servicio a fin de que pueda continuar cotizando y acceder a la pensión, situación que tampoco ocurre en el caso de la demandante, a quien se le garantizó el derecho a continuar en el servicio, pero en el cargo del que era titular en carrera judicial y no puede pretender hacer uso de esa garantía, con el propósito de que su mesada pensional sea calculada con base en el salario más alto recibido, debido al régimen que la cobija, en detrimento de la persona que tenía derecho a ser nombrada en el cargo por el que concursó y respecto del que la demandante solo tenía un nombramiento provisional.

LA APELACIÓN

Inconforme con la sentencia del Tribunal, el apoderado de la demandante la apeló en la oportunidad procesal. Afirma que la argumentación con la que el a quo sustentó su tesis, no tiene fundamentación en la realidad procesal, pues insiste que el concurso de méritos convocado por la Fiscalía General de la Nación tuvo por objeto proveer 52 cargos de Fiscal Delegado ante Tribunal Superior de Distrito Judicial, los cuales se proveyeron en el mes

de abril de 2010, es decir, ya se había completado con antelación la provisión de los cargos sometidos a concurso y ello implica que quien entró a sucederla no lo hizo en periodo de prueba, sino en provisionalidad.

Reitera que al momento en que se produjo su desvinculación tenía consolidado el derecho pensional, pero la entidad de provisión aún no lo había reconocido, a pesar de haber sido requerido por la entidad demandada; sin embargo, dicha consideración no se tuvo en cuenta con antelación a la decisión de la remoción de su cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal.

Considera que de conformidad con jurisprudencia de esta Corporación, la entidad demandada no podía extender los alcances de la Convocatoria 004 de 2007 para proveer otras vacantes diferentes a las ofertadas mediante ella y que una vez agotada la lista, por haber cubierto las 52 plazas sometidas a concurso, los demás concursantes incluidos en la lista solo tenían una mera expectativa de ser nombrados en el evento de que alguno de esos 52 empleos nuevamente quedara vacante, pues el concurso solo se convocó para proveer dichos empleos.

Así las cosas, asegura que la entidad desbordó sus competencias y los efectos de la Convocatoria 004 de 2007, lo que configura la ilegalidad de la decisión que terminó su nombramiento provisional.

(...)

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad de las Resoluciones Nos. 0-1479 y 0-1601 de julio 2 y julio 21 de 2010, respectivamente, mediante las cuales se dieron por terminados unos nombramientos provisionales y se efectuaron unos nombramientos en periodo de prueba.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente se puede establecer que la demandante fue inscrita en el escalafón de carrera judicial en el cargo de Juez de Instrucción Criminal, mediante Resolución No. 159 de diciembre 14 de 198.

Teniendo en cuenta la homologación ordenada en el Acuerdo No. 042 de marzo 14 de 1996, conforme a la incorporación efectuada a la demandante en virtud del artículo 65 del Decreto 2699 de 1991, fue inscrita en el escalafón de carrera de la Fiscalía General de la Nación en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito, mediante Resolución No. 088 de octubre 20 de 199.

Durante su labor en la Fiscalía General de la Nación, la demandante ocupó diferentes cargos, por encargo o nombramiento en provisionalidad.

La demandante fue nombrada en el cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal de Distrito, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Montería, mediante Resolución No. 0-4174 de julio 4 de 2008, del cual tomó posesión el 10 de julio del mismo año y fue trasladada como Fiscal ante el Tribunal Superior de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Ibagué, mediante Resolución No. 2-3053 de diciembre 9 de 2000.

En virtud de la Resolución No. 0 -1479 de julio 2 de 201 el Fiscal General de la Nación dio por terminados unos nombramientos provisionales, entre ellos el de la demandante, quien se desempeñaba como Fiscal ante Tribunal de Distrito de Ibagué.

Mediante Resolución No. 0 -1601 de julio 21 de 201 el Fiscal General de la Nación dio por terminados unos nombramientos y además nombró en periodo de prueba a quienes

aprobaron todas las etapas del concurso de méritos, según Convocatoria 004-2007 y en el cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal Superior de Ibagué nombró al señor Jorge Rigoberto Villareal Ocaña.

Teniendo en consideración lo anterior, mediante Oficio 002841 de agosto 6 de 201, se le informó a la demandante que el cargo como Fiscal Delegado ante el Tribunal lo desempeñaría hasta el 8 de agosto del mismo año, razón por la cual debía reasumir sus funciones del cargo en propiedad, como Fiscal ante los Jueces del Circuito, en virtud de lo dispuesto mediante Resolución No. 0-1479.

Consecuente con lo anterior, el Director Seccional de Fiscalías de Ibagué expidió la Resolución No. 0349 de agosto 9 de 201 mediante la cual ubicó a la demandante en la Unidad de Fiscalía de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico con sede en Ibagué, como fiscal 18, a partir de la misma fecha de expedición de la resolución.

Como consecuencia de la anterior decisión, la demandante instauró acción de tutela, que fue resuelta favorable mediante sentencia de septiembre 30 de 2010 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se ordenó su reincorporación al servicio en el cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal del Distrito de Ibagué.

El objeto del recurso de apelación se circunscribe a cuestionar el hecho de que la Fiscalía General de la Nación hubiera hecho uso de la lista de elegibles producto de la Convocatoria 004 de 2007, para cubrir más vacantes de las ofertadas en dicho proceso, en cuanto tal decisión redundó en la terminación del nombramiento provisional de la demandante en el empleo de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito de Ibagué toda vez que dicha decisión afectó su condición de prepensionada y afectaba su mesada pensional.

En primer lugar, la Sala abordará el tema de la utilización de la lista de elegibles producto de la Convocatoria 004 de 2007, para proveer el cargo que la demandante ostentaba en provisionalidad, en los siguientes términos:

La Convocatoria No. 004 de 2007 se propuso con el objeto de proveer, entre otros, 52 cargos de Fiscal ante Tribunal de Distrito a nivel nacional, como consta a folios 200 y 201 del cuaderno 2 de pruebas.

No obstante, en la contestación de la demanda, el apoderado de la entidad demandada, sostuvo que cualquier persona que se encuentre en provisionalidad ocupando un cargo de carrera puede ser desplazado por una persona que se encuentre en el listado de elegibles y el único criterio que opera es dar cumplimiento a la lista de elegibles y nombrar a la persona que se encuentre en turno para ser nombrado.

Sin embargo, para hacer uso de la lista de elegibles producto de la convocatoria citada, es necesario ceñirse a las reglas de la convocatoria, tal como lo ordena el artículo 62 de la Ley 938 de 2004 "por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación", que consagra:

"Artículo 62. La convocatoria. Es norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección y se divulgará conforme lo establezca el reglamento que expida la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación. Se hará en forma periódica cada dos (2) años o cuando el Registro de Elegibles se agote."

De conformidad con la disposición trascrita, la convocatoria es norma obligatoria y regula todo el proceso de selección, incluyendo obviamente lo relativo a la provisión de cargos que fueron objeto de concurso.

Ahora bien, en torno al tema de la provisión de empleos, con la lista producto de un concurso de méritos, la Ley 909 de 2004 en su artículo 31 dispone:

"ARTÍCULO 31. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO. El proceso de selección comprende:

(...)

4. Listas de elegibles. **Con los resultados de las pruebas** la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, **elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.**" (Resalta la Sala).

En torno a la posibilidad de emplear la lista de elegibles para proveer vacantes diferentes a las sometidas a concurso, en el marco de la referida convocatoria, esta Corporación ha considerado:

"En el asunto objeto de estudio los cargos que se tenían que proveer mediante concurso eran 52 Delegados ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial y ante la existencia de otras vacantes en dichos cargos la entidad no podía extender los alcances de la Convocatoria 004-2007.

Con el registro de elegibles se termina el concurso de méritos el cual estaba restringido a las normas reguladoras y obligatorias que contienen las convocatorias 01 a 06 de 2007, las cuales limitan el número y los cargos en ellas determinados, pues es a partir del registro que se procede a efectuar la provisión de las vacantes para las que se realizó el concurso, es decir, si de esos 52 cargos provistos mediante concurso se originan vacantes, se debe recurrir al registro de elegibles constituido para proveer las mismas.

Al haberse efectuado por parte de la entidad demandada los 52 nombramientos de Fiscales Delegados ante Tribunal Superior que fueron objeto de la convocatoria N° 004-2007, se agotó el concurso y por esa razón no podía la entidad designar otras personas incluidas en el registro de elegibles para proveer los cargos que se encontraban vacantes en la entidad, pues el concurso se había agotado y el registro sólo podía suplir las vacantes de los 52 cargos que fueron materia de la convocatoria.

"Bajo estos supuestos, estima la Sala que la Fiscalía General de la Nación claramente excedió el registro de elegibles, producto de la Convocatoria 004-2007, al realizar nombramientos en 43 cargos que no fueron ofertados en la citada convocatoria. En este sentido, resulta evidente que la Fiscalía no se limitó, como lo ordenaba la Convocatoria 004-2007, a proveer los 52 cargos de Fiscal ante Tribunal de Distrito si no que, por el contrario, retiró del servicio a funcionarios vinculados en provisionalidad para designar en su reemplazo personas, que como el señor Demóstenes Camargo de Avila, habiendo ocupado el puesto 84, se encontraban por fuera del registro de elegibles, en tanto que cómo quedó visto sólo habían sido ofertados 52 cargos en la convocatoria.

En este punto, la Sala reitera lo expresado en el acápite número I, de las consideraciones de esta providencia, en cuanto que el registro de elegibles producto de las convocatorias de 001, 002, 003, 004, 005 y 006 de 2007 de la Fiscalía General de la Nación únicamente podía ser utilizado para proveer los cargos ofertados por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera en el año 2007.

Dicha interpretación fue convalidada por la Corte Constitucional en sentencia SU-446 de 2011, en la que se consideró:

"4. En consecuencia, la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y los principios que rigen la función pública, artículo 209 de la Constitución, específicamente los de igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, en donde la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una vigencia en el tiempo que, por regla general, es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad y en relación con los cargos **específicamente convocados y no otros**, se puedan proveer de forma inmediata sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad.

La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombradas en el cargo para el que concursó, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñando por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad. En ese sentido, la consolidación de este derecho "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer" [46].

Es importante señalar, entonces, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso **y no para otros**, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: **el de las plazas a proveer**. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar **sólo** las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados."

Con fundamento en las disposiciones y jurisprudencia trascrita, unificada tanto en las dos subsecciones de la sección segunda de esta Corporación como en la Corte Constitucional, se sostiene que el objeto de la Convocatoria 004 de 2007 de la Fiscalía General de la Nación, tenía por objeto someter a concurso de méritos 52 empleos de Fiscal Delegado ante Tribunal Superior y por lo tanto, con la lista de elegibles producto de dicho concurso, únicamente podrían proveerse esos 52 empleos y no otros que a la fecha de elaboración de la lista o con posterioridad a ella estuvieren vacantes en la entidad o provistos en provisionalidad.

De las consideraciones que se invocaron como fundamento en los actos demandados, se puede establecer que la terminación del nombramiento provisional de la demandante, tuvo como objeto nombrar en periodo de prueba a un integrante de la lista en un cargo

que no fue sometido al concurso de méritos mediante la Convocatoria 004 de 2007; lo que configura la violación de las normas que rigen el concurso y conlleva la nulidad del acto.

La Sala debe precisar que si bien la vinculación de la demandante en el empleo de Fiscal delegada ante Tribunal Superior del Distrito de Ibagué era en provisionalidad, también lo es que la motivación del acto que la desvinculó se torna falsa, en cuanto si bien se estaba haciendo uso de una lista de elegibles, dicha lista no se conformó con el objeto de proveer el empleo que ella desempeñaba, sino los 52 empleos que se ofertaron en la Convocatoria, dentro de los que no estaba el ocupado por la demandante y por lo tanto, no se podía hacer uso de la lista, cuando ya se había agotado el objeto que dio lugar a su conformación.

En las anteriores condiciones, se dispondrá la anulación de los actos demandados, en cuanto terminaron el nombramiento provisional de la demandante y se nombró a quien entraría a sucederla en dicho cargo y se ordenará el reconocimiento y pago de todos los salarios y prestaciones dejados de recibir durante su desvinculación, debidamente actualizados, sin perjuicio del descuento de los valores que por los mismos conceptos se hubieran reconocido a su favor, en virtud del reintegro ordenado mediante el fallo de tutela que amparó derechos a su favor.

No hay lugar a reconocer el pago de los daños y perjuicios, ni los gastos médicos y hospitalarios a que aluden los numerales 1.4 y 1.5 de la demanda, en cuanto no se probó la causación de los mismos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia de febrero 5 de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por Alicia Martínez Barragán contra la Fiscalía General de la Nación. En su lugar se dispone:

1).- DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones Nos. 0-1479 de julio 2 de 2010 y 0-1601 de julio 21 de 2010 expedidas por el Fiscal General de la Nación, en cuanto se terminó el nombramiento provisional de la demandante Alicia Martínez Barragán y se nombró a quien entraría a sucederla en el empleo de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué, de conformidad con lo manifestado en las consideraciones de esta providencia.

2).- A título de restablecimiento del derecho, la Fiscalía General de la Nación deberá reintegrar a la señora Alicia Martínez Barragán al cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Ibagué o a otro de igual o superior jerarquía.

Así mismo, deberá reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha de la desvinculación y hasta que se haga efectivo el reintegro, sin perjuicio del descuento a que haya lugar con ocasión de los pagos que por los mismos conceptos se hubieran efectuado en cumplimiento del fallo de tutela a que aluden las consideraciones de esta providencia; de igual manera se deberán realizar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en salud y pensiones durante el tiempo en que permaneció la desvinculación.

3).- **DECLÁRASE** que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de la señora Alicia Martínez Barragán.

4).- La suma que se debe pagar a favor de la demandante, se actualizará en la forma como se indica en esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante durante el tiempo en que mantuvo desvinculada en virtud de los actos acusados, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

La Fiscalía General de la Nación dará cumplimiento a este fallo dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A. y observará lo dispuesto en el inciso final del artículo 177 ibídem, y el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

- 1) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Es procedente la presente acción de tutela, como última posibilidad para que la administración de justicia colombiana, me proteja mi derecho fundamental conculcado y desconocido por **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN D**, que incurrió en VIA DE HECHO JUDICIAL el 29 de agosto de 2019 al emitir la sentencia de segunda instancia dentro del trámite del recurso de apelación, teniendo en cuenta en especial la sentencia de unificación del 29 de enero de 2008, desconociéndola en su totalidad y aplicando topes indemnizatorios separados del principio de favorabilidad para mi caso particular.

PRUEBAS

Para hacer valer como pruebas, comedidamente solicito se tengan como tales las siguientes:

DOCUMENTALES:

Allego como tales las siguientes:

1. Fallo emitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección "D", el 29 de agosto de 2019 **objeto de la acción tutelar.**
2. Sentencia de primera instancia emitida por el juzgado 19 administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, fechada el 06 de julio de 2017.
3. Sentencia emitida por el Juzgado 5 Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio - Meta, en caso similar de **CARMEN ESTELA SANTAMARIA ALVAREZ** contra **INPEC**, calendada el 28 de agosto de 2018.
4. Sentencia emitida por el Juzgado 28 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, en caso similar de **JANETH SUAREZ OSORIO** contra **INPEC**, calendada el 30 de septiembre de 2019.
5. Sentencia proferida por el Consejo de Estado, el 12 de mayo de 2014 en caso similar al de la suscrita tutelante (**Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de ALICIA MARTINEZ BARRAGAN** contra **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN**).

OFICIOS

Se libren los siguientes:

1. Se oficie al Tribunal administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección D, para que allegue con destino al trámite de la presente tutela el expediente referenciado con el radicado número 11001333501920150091301, dentro de trámite de apelación en proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho de **LUZ MARINA PEÑA RAMIREZ** contra **INPEC**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundo la presente acción de tutela en el artículo 13, 29, 53, 86 y 229 de la constitución Nacional, Decreto 2591 de 1991, Decreto 1382 de 2000, Decreto 1069 de 2015, Decreto 1983 de 2017 y demás normas concordantes y aplicables que regulen la materia, así como los criterios jurisprudenciales. .

ANEXOS

Las enunciadas en el acápite de documentales.

PETICIÓN DE TUTELA

En consecuencia de lo expuesto, solicito que **COMO MECANISMO DEFINITIVO** se me tutele, los Derechos Fundamentales; **DERECHO A LA IGUALDAD, AL DEBIDO PROCESO, A LA FAVORABILIDAD, A LA PROGRESIVIDAD DEL DERECHO Y AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**, Por incurrir en una **VIA DE HECHO POR DEFECTO FACTICO Y DEFECTO SUSTANTIVO**, por parte del tutelado TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN D, al emitir la sentencia datada el 29 de agosto de 2019 desconociendo precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado en especial la sentencia de unificación del 29 de enero de 2008, en donde la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Concluyo que dicho pago tiene una naturaleza indemnizatoria, calculada con base en el valor de lo salarios y prestaciones sociales que deje de percibir mientras mi despido injustificado me seguía causando un perjuicio consecuente. De igual forma al omitir lo dicho por la Sala Contenciosa del Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A, dentro de Acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho de **ALICIA MARTINEZ BARRAGAN** contra FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN.

En consecuencia, se ordene a la tutelada emitir nueva sentencia en la que se tenga en cuenta los precedentes jurisprudenciales y se valore de fondo el principio de favorabilidad dado que la aplicabilidad a los topes indemnizatorios es menos favorable para mis intereses de acuerdo a la perdida ilegal de mi empleo. Desconociendo así lo consagrado en el articulo 53 de la Constitución Política Colombiana, violaciones a los principios de favorabilidad y progresividad del derecho afectando mi Dignidad Humana, situación que me afecta gravemente pues debió haberse acogido por el Despácho del Ad- quem los dispuesto en la Sentencia de Unificación del 29 de enero de 2008 proferida por el H. Consejo de Estado.

JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que por este medio me ratifico en todo lo que queda expresado en la petición de tutela y además, en cumplimiento de los artículos 37 del decreto 2591 de 1991, 285 del CPP y 172 del C P, manifiesto que no he intentado ninguna otra acción de tutela sobre los mismos hechos y derechos en ningún otro juzgado o Tribunal Judicial de la República de Colombia.

NOTIFICACIONES

El tutelado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN D, ubicado en la Avenida la Esperanza No. 53 - 28 de la ciudad de Bogotá.

La tutelante: LUZ MARINA PEÑA RAMIREZ, en la Carrera 8 N° 11 - 39 oficina 320 (Edificio Jorge Garcés Borrero) de la ciudad de Bogotá y en el correo electrónico **fecospec@gmail.com**

El INPEC como tercero con interés legítimo para intervenir en la acción tutelar: en la Sede de la entidad ubicada en la Calle 26 N° 27 - 48 en la ciudad de Bogotá y en el correo electrónico notificaciones@inpec.gov.co

Atentamente,



LUZ MARINA PEÑA RAMIREZ
CC. No. 51.898.357 de Bogotá

