



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

*Tribunal Superior del Distrito Judicial*

*Sala Penal de Decisión*

**Montería-Córdoba**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**Montería**, nueve (9) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024)

**Aprobado Acta No. 452**

**Radicación N°** 23001 22 04 000 2024 00199 00

**Magistrado Ponente:** MANUEL FIDENCIO TORRES GALEANO

**RAZÓN DE ESTE PRONUNCIAMIENTO**

Va dirigido a resolver la presente acción de tutela instaurada por el señor ÁLVARO AUGUSTO MÁRQUEZ GONZÁLEZ, quien actúa en nombre propio, contra la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, dignidad humana, trabajo en condiciones dignas y justas, igualdad y mínimo vital.

**COMPETENCIA**

Para considerar y resolver se tendrán en cuenta las normas que rigen la materia tales como el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, Decretos Reglamentarios 2591 de 1991, 302 de 1992, 1382 de 2000 y Decreto 1983 de 2017 y la jurisprudencia constitucional referida al tema que hoy ocupa la atención de la Sala.

## **HECHOS**

Manifiesta el accionante que mediante Resolución N° 0-1782 del 21 de diciembre de 2021, la Dirección Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación, procedió a nombrarlo en provisionalidad en el cargo de investigador experto, asignándole el ID 28328, en la Dirección Seccional de Montería.

Indica que la Comisión Especial de Carrera de la Fiscalía General de la Nación en el mes de marzo de 2022, puntualizó: *"que para la presente vigencia y en cumplimiento de lo que la misma Comisión ordenó el año inmediatamente anterior, se trae a revisión y aprobación inicial la planeación y estructuración de la convocatoria para el año 2022 ofertando 1.050 empleos de carrera, ocupados en provisionalidad o en encargo, con el **criterio decantado y aprobado por la Comisión en el año inmediatamente anterior** y es que son 1.050 empleos que se ofertan, cuyo titulares en este momento tienen requisitos para acceder a la pensión de jubilación o los cumplirán antes de que termine la presente vigencia fiscal, es decir, en el evento de que no participasen o no quedasen en lista de elegibles no se afectaría de modo alguno su mínimo vital, porque tienen ya garantizado su ingreso a nómina de pensionados."*

Sostiene que conocido el proceso de concurso de méritos por todos los servidores de la Fiscalía General de la Nación, pero desconociendo en su momentos los ID, confiaron en lo que la administración informó; que solo los servidores que tenían resuelta su situación pensional o que sin tenerla cumplían con el tiempo y la edad sería los empleos a proveer en el concurso y que la Comisión de la Carrera Especial y la Subdirección de Talento Humano de la FGN, de cara al principio de planeación, antes de ofertar certificó los ID habilitados. Lo cual no era su caso, ya que para la fecha de convocatoria era prepensionado, pues le faltaba un año y medio para pensionarse.

Señala que revisada la prueba de constancia aportada a la acción de tutela con radicado N° 314-23 de los cargos en la Fiscalía General de la Nación con los ID y la respectiva ubicación geográfica, se encuentra que el ID 28328 – Investigador Experto – no se reporta en dicho listado como uno de los cargos ofertados para ser ocupado dentro del concurso de méritos FGN 2022.

Precisa que la Dirección Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación, estaría violando con su actuar todas las reglas del concurso de méritos FGN 2022, en tanto que no atiende de manera expresa el listado con los ID y la respectiva ubicación geográfica que fueron develados en su momento por la entidad, como los cargos a proveer en las 1056 vacantes definitivas provistas en provisionalidad de la planta global de personal de la Fiscalía General de la Nación, pertenecientes al Sistema Especial de Carrera.

Asegura que el 15 de agosto de 2024, mediante correo electrónico se le remitió la Resolución N° 6712 del 12 de agosto de 2024, por medio de la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba en la planta global de la Fiscalía General de la Nación y se da por terminado su nombramiento en provisionalidad. En razón a ello, procedió a estudiar nuevamente el listado de los ID y la respectiva ubicación geográfica, evidenciando que el ID 28328 no se encuentra en dicho listado como uno de los cargos ofertados para ser ocupados dentro del concurso de méritos FGN 2022.

Arguye que producto de su remuneración básica mensual es que depende económicamente en estos momentos y que de quedar en firme la Resolución N° 6712 del 12 de agosto de 2024, se estaría afectando su mínimo vital, pues actualmente tiene dos créditos bancarios por valor de \$123'619.137, cuota mensual de \$2'446.823, y \$166'835.769, cuota mensual de \$4'372.255.

## **DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VIOLADOS Y PRETENSIONES**

Solicita el accionante el amparo constitucional de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, dignidad humana, trabajo en condiciones dignas y justas, igualdad y mínimo vital; como consecuencia, se disponga su permanencia en el cargo de Investigador Experto, hasta tanto la Fiscalía General de la Nación adelante un nuevo concurso de méritos. Así mismo, se ordene a la Fiscalía General de la Nación se le reintegre al cargo con funciones similares o equivalentes. Como medida provisional solicitó se ordene a la Fiscalía General de la Nación – Dirección Ejecutiva – suspender inmediatamente los efectos y términos de la Resolución N° 6712 del 12 de agosto de 2024, hasta tanto se resuelva la acción de tutela.

### **EL TRÁMITE**

Mediante auto del 27 de agosto de 2024, se admitió la presente acción de tutela; como consecuencia, se corrió traslado de la demanda y sus anexos a las entidades accionadas para que en el término de dos (2) días hábiles ejercieran el derecho de defensa. En el mismo auto se vinculó a la Subdirección Regional de Apoyo Noroccidental – Sección de Talento Humano, al señor NELSON LEONARDO SEPÚLVEDA FLÓREZ y a los integrantes de la lista de elegibles del concurso de méritos FGN 2022, conformada mediante Resolución N° 0026 del 15 de febrero de 2024. Se solicitó a Colpensiones la Historia Laboral actualizada del señor Álvaro Augusto Márquez González. Se concedió la medida provisional; en consecuencia, se dejó provisionalmente sin efectos jurídicos la Resolución N° 6712 del 12 de agosto de 2024, hasta tanto se resolviera la acción de tutela.

Al dar respuesta a la acción de tutela, el señor NELSON LEONARDO SEPÚLVEDA FLÓREZ, vinculado al presente trámite, solicitó le sean respetados sus derechos adquiridos como ganador de una de las vacantes que se ofertaron en el concurso de méritos FGN 2022, por lo que mediante Resolución N° 116 de 2024 se incluyó su nombre en la lista de elegibles del cargo investigador experto, cumpliendo con todos los requisitos del mencionado concurso.

Indicó que ya se profirió la Resolución N° 6712 de 2024, en donde lo nombran en periodo de prueba en el CTI Seccional Córdoba, nombramiento que aceptó el 28 de agosto de 2024, por lo que se encuentra realizando los trámites pertinentes para la posesión. Luego entonces, con la medida provisional se le están generando perjuicios laborales y económicos. En razón a ello, solicitó que en la medida de lo posible se cambie el nombramiento para la ciudad de Villavicencio o Bogotá, en donde tiene arraigo y núcleo familiar y en donde es posible el nombramiento, atendiendo que la Fiscalía General de la Nación tiene sedes en dichas ciudades y el cargo puede ser ubicados en esos lugares; todo con el fin de no desconocer sus derechos laborales.

Por su parte, el doctor MIGUEL FERNANDO VEGA RODRÍGUEZ, en calidad de Subdirector regional de Apoyo Noroccidental de la Fiscalía General de la Nación, manifestó que la Resolución N° 6712 del 12 de agosto de 2024, fue expedida por la Directora Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación y no por la Sección de Talento Humano de la Subdirección Regional de Apoyo Noroccidental – Córdoba.

Bajo esa premisa, la Subdirección Regional de Apoyo Noroccidental no ha vulnerado las garantías fundamentales invocadas por el accionante, por cuanto la entidad solo realizó el procedimiento de comunicación de la Resolución N° 6712 del 12 de agosto de 2024; por lo tanto, la llamada a

resolver las inconformidades surgidas de la misma es la Dirección Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación.

Indicó que las pretensiones del accionante no debían prosperar en contra de la Subdirección Regional de Apoyo Noroccidental, toda vez que la Dirección Ejecutiva fue la que configuró la situación jurídica que considera vulnerada el accionante.

Con base en lo expuesto, precisó que se acogían a los argumentos de hecho y de derecho que expusiera la Dirección Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación.

A su vez, la doctora PAULA TATIANA ARENAS GONZÁLEZ, en calidad de Subdirectora de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, manifestó que la inconformidad del accionante versa sobre la expedición de la Resolución N° 6712 del 12 de agosto de 2024, mediante la cual se da por terminado su nombramiento en provisionalidad, por cuanto el cargo de Investigador Experto debe ser ocupado por quien ganó el concurso de méritos FGN 2022; por lo tanto, el conocimiento del asunto corresponde al juez ordinario dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y no al juez de tutela.

Indicó que al existir otros mecanismos judiciales distintos a la acción de tutela, como efectivamente ocurre en el presente caso, la misma resulta improcedente, pues ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el accionante puede solicitar y obtener el resarcimiento de los derechos supuestamente vulnerados.

Reiteró que la terminación del nombramiento en provisionalidad del accionante fue producto del nombramiento en periodo de prueba de un elegible dentro del concurso de méritos FGN 2022, donde el cargo desempeñado por el actor se encontraba ofertado, sin que exista

vulneración alguna a sus derechos fundamentales ni de los miembros de su núcleo familiar, máxime cuando actualmente desempeña un cargo en provisionalidad.

Afirmó que en este caso no se demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente excepcionalmente la acción de tutela, pues no se demostró que la terminación del nombramiento en provisionalidad del cargo que ostenta en la FGN, debido a la necesidad de proveer dicho cargo con la persona que ganó el respectivo concurso de méritos, produzca o vaya a producir una afectación de carácter irreparable, sobre todo en relación con su mínimo vital.

Precisó que si bien era cierto que uno de los criterios para ofertar los cargos en la convocatoria fueron aquellas vacantes que se encontraban ocupadas por servidores que cumplían los requisitos de tiempo y edad para acceder a la pensión. No era menos cierto que en la respuesta a una solicitud de la Asociación Nacional de Trabajadores del Sistema Colombiano y Afines, por parte de la doctora LIGIA STELLA RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Directora Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación, se puso en conocimiento de todos los sindicatos de la entidad, lo siguiente:

*“(...) debe precisarse que, en los informes de entrega de los Directivos de la anterior vigencia, no se indicó ningún criterio o relación puntual de los empleos objeto de concurso por lo que se procedió a validar en las actas de sesión de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación en aras de determinar si en las mismas existía alguna mención al respecto.*

*De lo anterior, se constató que en el acta 183 del 20 de enero de 2021, se debatió lo referente al Concurso FGN 2021, evidenciando que para este se planteó como criterio que los empleos ofertados correspondían a los provistos por servidores nombrados en provisionalidad que contaban con sus requisitos para adquirir el derecho pensional (acreditar la edad y semanas de cotización para acceder a la pensión de vejez) al momento de la expedición del acuerdo de convocatoria.*

*Frente al Concurso FGN 2022, en las actas de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera se encontraron dos actas en las se debatió este aspecto, así:*

- a. *Acta 203 del 2 de marzo de 2022 en la que se señala que se utilizaría el mismo criterio de la Convocatoria FGN 2021, esto es, que se nombraría a los elegibles en los empleos provistos por servidores nombrados en provisionalidad que contaban con sus requisitos para adquirir el derecho pensional.*
- b. *Acta 244 de las sesiones que se desarrollaron durante los meses de enero y febrero de 2024, mencionan los representantes de la Administración **que validada la planta se evidenció que, a la fecha de cierre de la convocatoria, los empleos ocupados por pensionables no eran suficientes para la provisión del total de empleos ofertados. Por lo anterior, la Administración manifiesta que, dado que la determinación de los mismos hace parte de la facultad de nominación, dicho aspecto se***

28/08/2024  
 Página 12 de 23

**tomaba como recomendación en razón a que la competencia nominadora no recae en la Comisión Nacional de Administración de la Carrera sino en la Fiscal General de la Nación o su delegada.**

**Por lo anterior, se informa que la provisión de elegibles se está realizando prioritariamente en los empleos ocupados en provisionalidad con servidores pensionables, así como con los servidores de la FGN que participaron en el Concurso FGN 2022 para su mismo empleo o con empleos que se encontraban en vacancia al momento de la Convocatoria.** (Negrilla y Subrayado fuera del texto original)

En razón a lo anterior, dado que los empleos ocupados con pensionables no fueron suficientes para la provisión del total de los empleos ofertados,

la provisión de elegibles se está realizando prioritariamente con los empleos ocupados en provisionalidad por servidores pensionables; en este caso, por información allegada por el Departamento de Administración de Personal, se evidenció que el accionante cuenta con 62 años de edad y más de 1372 semanas cotizadas, por lo que el reconocimiento pensional está sujeto a un trámite formal que solo depende del actor, con el fin de que Colpensiones expida el acto administrativo de reconocimiento y proceda a su inmediata inclusión en nómina de pensionados. Por lo tanto, se cumplen los requisitos que permiten que el señor ÁLVARO AUGUSTO MÁRQUEZ GONZÁLEZ pueda acceder al reconocimiento de su pensión.

Así las cosas, emerge claramente la negligencia del accionante para solicitar el reconocimiento pensional, por lo que dicha situación no puede ser aprovechada por éste para pretender permanecer en el cargo por el tiempo en que Colpensiones se tarde en resolver su solicitud pensional, pues ello sería una contravención al principio general del derecho de "*nemo auditur propian turpitudinem allegans*".

Indicó que la entidad desconoce la base de daos "filtrada" a la que hace referencia el accionante en su escrito. Así mismo, adujo que el actor no cuenta con estabilidad laboral reforzada por estar próximo a pensionarse.

Aseveró que dada la realización del correspondiente concurso de méritos para la provisión de los empleos de carrera, resulta procedente la desvinculación de los empleados provisionales siempre que la misma se efectúe mediante acto administrativo motivado, con la finalidad de que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula, a fin de que ejerza su derecho de contradicción. En el presente caso, al accionante se le comunicó la Resolución N° 6712 del 12 de agosto de 2024, por medio de la cual se nombró en periodo de prueba al señor NELSON LEONARDO

SEPÚLVEDA FLÓREZ, por haber ocupado un lugar de mérito en el concurso FGN 2022.

Aseguró que el retiro del accionante que cuenta con fuero sindical se debe al nombramiento de una persona que ocupó un lugar de mérito en el concurso, por lo que es procedente retirar al actor del servicio, ya que el fuero sindical cede frente al derecho al mérito.

Con base en los argumentos expuestos, solicitó se niegue por improcedente el amparo constitucional invocado, pues no se cumple el requisito de subsidiariedad y no se demostró la configuración de un perjuicio irremediable.

El doctor CARLOS HUMBERTO MORENO BERMÚDEZ, en calidad de Subdirector Nacional de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, después de informar que se dio cumplimiento a lo ordenado en el auto admisorio del 27 de agosto de 2024 y de explicar la competencia de la Comisión de la Carrera Especial hasta la confirmación de la lista de elegibles que se deriven de los concursos de méritos, manifestó que las etapas subsiguientes, tales como, estudio de seguridad y nombramiento en periodo de pruebas, así como el tema relacionado con las terminaciones de los nombramientos en provisionalidad, no son competencia de la entidad ni de la Subdirección de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación.

Precisó que una vez se desarrollaron y culminaron las etapas de ejecución del concurso de méritos FGN 2022, la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación procedió a la conformación y adopción de las Listas de Elegibles del proceso de selección, de conformidad con lo ordenado en el artículo 39 del Acuerdo No. 001 de 2023, concordante con lo establecido en el artículo 35 del Decreto Ley 020 de 2014, las cuales

fueron remitidas por la Subdirección de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación a la Subdirección de Talento Humano de la entidad, indicando que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, se podía solicitar la exclusión de aspirantes de la Lista de Elegibles.

Lo anterior, con el fin de que se adelantara el trámite pertinente para realizar los respectivos estudios de seguridad a los elegibles que tenían la posibilidad de ser nombrados como requisito previo a iniciar los nombramientos en período de prueba, en estricto orden de mérito, de acuerdo con el número de vacantes a proveer en las diferentes Listas de Elegibles.

En ese orden, como quiera que el objeto y pretensiones de la acción de tutela escapaban de la competencia de la Comisión de la Carrera Especial y de la Subdirección de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, mediante correo del 28 de agosto de 2024, se dio traslado de la acción de tutela a la Subdirección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, para su conocimiento, toda vez que esa dependencia es la encargada de todos los asuntos relacionados con los estudios de seguridad, nombramientos en período de prueba y terminaciones de los nombramientos en provisionalidad derivados de la vinculación en período de prueba de los elegibles del concurso de méritos FGN 2022.

Con base en los argumentos expuestos, solicitó se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación.

La doctora ADRIANA CONSTANZA RÍOS MELGAREJO, en calidad de Directora (A) de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, manifestó que al verificar el

sistema de información de la entidad se evidenció que señor ÁLVARO AUGUSTO MÁRQUEZ GONZÁLEZ, se encuentra afiliado desde el 1º de septiembre de 2008, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Así mismo, procedió a aportar la historia laboral del accionante, aclarando que la información allí contenida no es definitiva y puede sufrir modificaciones luego de surtir el proceso de validación por parte de la Dirección de Historia Laboral de la entidad.

Indicó que tratándose de reintegro al cargo de investigador experto a quien le compete dar respuesta es a la Dirección Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación, por ser quien expidió la resolución; por lo tanto, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, carece de legitimación en la causa por pasiva para pronunciarse sobre el asunto. Con base en lo expuesto, solicitó la desvinculación de Colpensiones del presente trámite, toda vez que no hay responsabilidad en la trasgresión de los derechos fundamentales alegados.

### **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

#### **SALA PENAL DE DECISIÓN**

En el artículo 86 de la Constitución Política y sus decretos reglamentarios 2591 de 1991 y 306 de 1992, se consagra la acción de tutela como el medio más eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales constitucionales, mediante un procedimiento ágil, residual y preferente, en los eventos en que tales derechos hayan sido vulnerados o amenazados por acciones u omisiones de funcionarios o empleados públicos, o por particulares en los casos que especifica la ley, siempre que el agraviado no disponga de otro medio de defensa judicial para la protección de esos derechos.

Un derecho se vulnera cuando es lesionado el bien jurídico que constituye su objeto y se amenaza cuando ese bien jurídico, sin ser destruido, es

puesto en trance de sufrir mengua, es decir, que la persona sin ser lesionada en su haber jurídico sí ésta sujeta a la inmediata probabilidad de un daño.

De otra parte, para que sea procedente la acción de tutela, es requisito sine-qua-non que exista un hecho cierto, indiscutible y probado, que constituya la violación o la amenaza al derecho fundamental cuya protección se invoca.

Corresponde a la Sala determinar en esta oportunidad si la presente acción de tutela resulta procedente para amparar los derechos fundamentales invocados por el señor ÁLVARO AUGUSTO MÁRQUEZ GONZÁLEZ, en consecuencia, ordenar a la Dirección Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación y a la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, mantenerlo en el cargo de investigador experto hasta tanto se adelante un nuevo concurso de méritos o reintegrarlo a un cargo con funciones similares o equivalentes; para ello, se procederá a estudiar el tema de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados y el retiro del servicio del servidor público aforado nombrado en provisionalidad.

Sobre la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados, la Honorable Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

***"La estabilidad laboral reforzada de los prepensionados***

***De acuerdo con la sentencia SU-003 de 2018, son prepensionados las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los siguientes tres años) a cumplir el número de semanas -o tiempo de servicio- requeridos en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En***

*esa decisión, la Corte unificó su jurisprudencia para determinar que los funcionarios de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada, y que no tiene la calidad de prepensionado el funcionario al que solamente le falta cumplir el requisito de la edad para obtener la pensión.*

*La calidad de prepensionado protege la expectativa de obtener la pensión de vejez ante la pérdida intempestiva de su empleo. Por lo anterior, la estabilidad laboral reforzada a favor del prepensionado ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al sistema general de seguridad social en pensiones para consolidar así los requisitos que le faltan para obtener la pensión de vejez, que deben corresponder a la cotización equivalente a tres años o menos (es decir a 154,44 semanas de cotización o menos, para el Régimen de Primera Media con Prestación Definida).*

*Ahora bien, esa garantía de estabilidad laboral reforzada a favor del prepensionado no otorga un fuero absoluto de protección que le impida a la entidad nominadora la desvinculación del servicio público, por razones objetivas tales como el desarrollo de un concurso de méritos. Al respecto, la Corte sostuvo en la sentencia SU-446 de 2011:*

*"(...) En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos"*

*No obstante, la estabilidad laboral reforzada del prepensionado genera la obligación de trato preferencial que debe cumplir la entidad nominadora*

*"en la medida de las posibilidades". Esa obligación se concreta en: (i) tomar medidas para que esos servidores sean los últimos en ser desvinculados de sus cargos; y, (ii) si existen cargos en vacancia definitiva similares o equivalentes a los que venían ocupando, nombrarlos en esos cargos mientras se proveen a través del concurso de méritos y hasta que logren cumplir los requisitos para obtener su pensión de vejez. Al respecto, la Corte en la sentencia T-464 de 2019 sostuvo:*

*"No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad. En estos casos, la Corte ha afirmado que antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando."<sup>1</sup> (Negrillas y Subrayas del Tribunal)*

En otro pronunciamiento, esto dijo el Alto Tribunal:

***"La estabilidad laboral reforzada de los servidores públicos nombrados en provisionalidad que ostentan la condición de prepensionados. Reiteración de jurisprudencia***

*De los servidores públicos nombrados en provisionalidad. Los servidores públicos en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa. Lo anterior, implica que solo pueden ser desvinculados por causales debidamente motivadas en el acto de desvinculación. Tales como, la*

---

<sup>1</sup> Sentencia T-253 de 2023, H.M.P, doctor ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

*comisión de faltas disciplinarias o la provisión definitiva del cargo por concurso de méritos, entre otras (T-443 de 2022).*

***De los prepensionados. La Corte, definió que los prepensionados "(...) serán (...) aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez" (SU-897 de 2012).***

*Asimismo, fijó que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados tiene raigambre constitucional y que no depende de un mandato legislativo particular. En ese sentido, "(...) dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo (...)” (T-186 de 2013). Por lo tanto, su finalidad constitucional es amparar la estabilidad del trabajador que tiene una exceptiva de obtener su pensión ante la repentina pérdida del empleo (SU-003 de 2018).*

*Posteriormente, esta Corporación estableció que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión es la edad, en caso de desvinculación, no se frustra su derecho al acceso a la pensión. Lo expuesto, porque dicho requisito puede acreditarse de manera posterior, con o sin vinculación laboral (SU-003 de 2018).*

*Con fundamento en lo anterior, la Corte consolidó la regla jurisprudencial sobre la materia. En tal sentido, señaló que son beneficiarios del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable las personas vinculadas laboralmente al sector público y/o privado a los que les falten lo equivalente a tres años o menos para acreditar el requisito de semanas en el régimen de prima media o el capital necesario en el régimen de ahorro individual con solidaridad, para acceder a la pensión de vejez (SU-003 de 2018).*

*De los servidores públicos nombrados en provisionalidad que tienen la calidad de prepensionados. La jurisprudencia indicó que con el fin de garantizar la protección especial que ofrece ser servidor público en provisionalidad y tener la calidad de prepensionado, ante la provisión definitiva de su empleo por concurso de mérito, las entidades públicas tienen los siguientes deberes: (i) motivar debidamente el acto de desvinculación; (ii) establecer los mecanismos necesarios para garantizar que dicho grupo de personas sean los últimos en ser desvinculados de sus cargos (SU-446 de 2011); y, (iii) mantener su permanencia en el empleo, siempre que los criterios de razonabilidad y proporcionalidad lo permitan, es decir, cuando se cuenten con vacantes para reubicarlos (T-186 de 2013).*

*Remedios constitucionales. Ante la omisión de los anteriores deberes, la Corte, ha ordenado a las entidades públicas reubicar al prepensionado en una vacante equivalente al cargo del que fue desvinculado, que se encuentre disponible, mientras completa los requisitos para acceder a la pensión. Cuando ello no sea posible, la jurisprudencia ha dispuesto incluir al trabajador en la lista de personas con derecho a la estabilidad laboral para ser nombrado en provisionalidad en un cargo similar, hasta que obtenga su derecho pensional (T-443 de 2022).*

*Protección legal. Según la Ley 2040 del 2020 y el Decreto Reglamentario 1415 de 2021 los prepensionados que estén nombrados en entidades públicas en cargos provisionales y deban ser desvinculados por la provisión definitiva del mismo o por procesos de reestructuración administrativa cuentan con una protección especial. En esos casos, las entidades deben reubicar a dichos funcionarios hasta que completen los requisitos mínimos para acceder a su pensión.”<sup>2</sup>*

---

<sup>2</sup> SENTENCIA T-052 DE 2023, H.M.P, doctor JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

De conformidad con las jurisprudencias antes citadas, tiene la Sala que el señor ÁLVARO AUGUSTO MÁRQUEZ GONZÁLEZ, no goza de estabilidad laboral reforzada, pues no tiene la calidad de prepensionado, toda vez que éste reúne todos los requisitos establecidos por la ley para acceder a la pensión de vejez, es decir, edad y semanas cotizadas.

Ciertamente, al verificar las exigencias para adquirir la pensión de vejez, encontramos que el señor ÁLVARO AUGUSTO MÁRQUEZ GONZÁLEZ cuenta con 62 años de edad y 1789,29 semana cotizadas, según se desprende de la Historia Laboral aportada por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Siendo evidente que ya alcanzó el estatus pensional, por lo que en cualquier momento, si aún no lo ha hecho, puede realizar los trámites correspondientes para acceder al reconocimiento y pago de la prestación. Así entonces, se desvirtúa la calidad de prepensionado; por lo tanto, no es beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzado.

Luego entonces, considera la Sala que la desvinculación del accionante del cargo de investigador experto no presupone vulneración de garantías fundamentales, teniendo en cuenta que no es prepensionado y existe una persona con mejor derecho que el actor.

Con relación a la condición de aforado que ostenta el accionante, se tiene que el artículo 24 del Decreto 760 de 2005, establece:

**ARTÍCULO 24.** *No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:*

*24.1. Cuando no superen el período de prueba.*

24.2. *Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.*

24.3. **Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.**” (Negrillas y subrayas del Tribunal).

En ese orden de ideas, considera la Sala que la anterior disposición es aplicable al caso concreto, pues estamos frente a un empleo de carrera ofertado a través de un concurso público de méritos.

Luego entonces, el hecho de que el accionante sea aforado no es impedimento para que se dé por terminado su nombramiento en provisionalidad, pues es claro que la persona nombrada en periodo de prueba en el cargo de investigador experto le asiste mejor derecho que al actor. Por lo tanto, le asiste razón a la Subdirección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación cuando afirma que el fuero sindical cede ante el derecho al mérito.

En este caso es procedente la desvinculación del servidor público aforado en provisionalidad, sin que medie una orden judicial, pues el cargo en el que actualmente se encuentra el actor debe ser ocupado por elegible que se encuentra en posición meritoria en la lista de elegibles conformada a través de Resolución N° 0026 del 15 de febrero de 2024.

Así lo ha considerado la Honorable Corte Constitucional, pues en la sentencia C-1119 de 2005, H.M.P, doctor ALFREDO BELTRÁN SIERRA, señaló:

*"(...) Siendo ello así, en el artículo 24 cuestionado se dispuso por el legislador habilitado que quien se encuentre desempeñando un empleo*

*de carrera en carácter provisional, pueda ser retirado del servicio a pesar de estar amparado con la garantía del fuero sindical, sin que tenga que mediar para ello autorización judicial en los eventos contemplados en la norma acusada, esto es, cuando no sea superado el período de prueba por obtener calificación insatisfactoria, según lo previsto por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, como ya se vio; cuando el empleado no participe en el concurso público de méritos para proveer los empleos que estén siendo desempeñados en provisionalidad; o cuando a pesar de haber participado en el concurso, no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de méritos. Existe pues una relación directa entre el retiro del servicio en estos casos, con el proceso de selección para cargos de carrera administrativa cuya competencia es del resorte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En efecto, se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de retiro del empleo las que dan lugar a ello. De ahí que no sea necesaria la autorización judicial que se echa de menos por los demandantes, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero como una medida tuitiva del derecho de asociación sindical, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes (CP. art. 125).*

*Recuérdese que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos. Así las cosas, en las circunstancias previstas por el artículo 24 del Decreto-ley 760 de 2005 la desvinculación del trabajador se da por mandato constitucional y legal y no por despido o decisión unilateral del nominador. En efecto, una de las causales del retiro del servicio es la*

*calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, como lo dispone el artículo 125 de la Ley Fundamental, que se da cuando no se supere el período de prueba; y las otras dos causales, por no participar en el concurso o por el hecho objetivo de no alcanzar los puntajes requeridos en el mismo para adquirir la vocación de ser nombrado en período de prueba en estricto orden de méritos.*

(...)

*El despido del trabajador sin calificación judicial previa, que desempeña el cargo en provisionalidad y se encuentra amparado con el fuero sindical ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de esta Corporación, en los cuales se ha sostenido que no es necesario acudir a la autorización judicial para retirar a un empleado con fuero, pues las consecuencias jurídicas relacionadas con la relación o vínculo laboral se predicán de una definición legal de carácter general, como lo es el hecho de no haber superado las condiciones objetivas que le permiten acceder a cargos de carrera administrativa mediante la superación del proceso de selección. Con todo, ello no significa que el despido en estos casos no deba ser precedido de un acto administrativo motivado que pueda ser controvertido, a fin de evitar el eventual menoscabo de alguno de los derechos fundamentales de los servidores públicos.”*

Bajo ese entendido, resulta claro para la Sala que en el presente asunto no se puede predicar vulneración alguna por parte de las entidades accionadas, teniendo en cuenta que han actuado conforme a las disposiciones legales que regulan el tema en materia de concursos de méritos.

No puede la Sala atribuir responsabilidad alguna a las demandadas, pues el accionante no se encuentra en una situación especial o de vulnerabilidad que amerite su permanencia en un cargo en el que se

encontraba en provisionalidad, sometido a concurso y que otra persona accede por méritos.

Luego entonces, no es procedente ordenar la permanencia del señor ÁLVARO AUGUSTO MÁRQUEZ GONZÁLEZ, en el cargo de investigador experto o en otro cargo con funciones similares o equivalentes, pues éste no superó el concurso de méritos, ni siquiera se encuentra en la lista de elegibles del concurso FGN 2022, no tiene la calidad de prepensionado y, como se ha dicho en líneas anteriores, existe una persona con mejor derecho que él, por lo que no es viable desmejorar las condiciones de quien obtuvo un lugar meritorio en el concurso FGN 2022.

Así las cosas, la Sala negará por improcedente el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados por el señor ÁLVARO AUGUSTO MÁRQUEZ GONZÁLEZ. Así mismo, dejará sin efectos jurídicos la medida provisional decretada en auto del 27 de agosto de 2024, tal como se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, EN SALA PENAL DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO. – NEGAR**, por improcedente, el amparo constitucional invocado por el señor ÁLVARO AUGUSTO MÁRQUEZ GONZÁLEZ, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO. – DEJAR SIN EFECTOS JURÍDICOS** la medida provisional decretada en auto del 27 de agosto de 2024; como consecuencia, cobra vigencia la Resolución N° 6712 del 12 de agosto de 2024.

Accionante: ÁLVARO AUGUSTO MÁRQUEZ GONZÁLEZ  
Contra: DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la COMISIÓN DE LA CARRERA  
ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
Radicado: 23001 22 04 000 2024 00199 00

**TERCERO.** - Contra esta decisión procede impugnación dentro del término establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

**CUARTO.** - Notificar la presente decisión, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**QUINTO.** - Si no fuese impugnada la presente decisión, remítase en tiempo oportuno a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en las condiciones establecidas en el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020.

**SEXTO.** - En caso de ser excluida de revisión, por Secretaría, archívense las actuaciones, previa las anotaciones de rigor en el aplicativo TYBA.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

MANUEL FIDENCIO TORRES GALEANO

**Magistrado Ponente**

VÍCTOR RAMÓN DIZ CASTRO

**Magistrado**

LÍA CRISTINA OJEDA YEPES

**Magistrada**

Sara Samaira Sajaud de la Barrera

**Secretaria**