

Señor:
JUEZ DE (REPARTO)
Ciudad

Accionante:

ARACELLY QUINTERO BUITRAGO

Accionada 1:

Dra. Astrid Torcoroma Rojas Sarmiento
Directora Ejecutiva
Fiscalía General De La Nación

Accionado 2:

Comisión De Carrera Especial De La Fiscalía General De La Nación

ARACELLY QUINTERO BUITRAGO mayor y vecina de la ciudad de Neiva, identificada con la cédula de ciudadanía _____ acudo ante su despacho con el fin de interponer **ACCION DE TUTELA**, contra **LA Dra. ASTRID TORCOROMA ROJAS SARMIENTO - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y COMISIÓN DE CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN**, para que se me proteja el Derecho Constitucional Fundamental a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA - MÍNIMO VITAL – DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS - VIDA DIGNA- SEGURIDAD SOCIAL – DERECHO A LA SALUD E IGUALDAD -DIGNIDAD HUMANA - DEBIDO PROCESO consagrados en los Artículos 25, 29,49 y 53 de la Constitución Política de Colombia.

El fundamento de mis pretensiones radica en los siguientes:

HECHOS

Primero: En la actualidad ostento el cargo de Técnico Investigador II del Cuerpo Técnico De investigación con el

Segundo. Ingrese a instrucción criminal el 01 de septiembre de _____ con continuidad en el CTI desde el 01 de julio de _____ soy funcionaria de la Fiscalía General de la nación desde su creación, con _____ años al servicio de la misma a la fecha. En la actualidad pertenezco a la Dirección Seccional de Fiscalías Seccional Huila, y asignada por el CTI al grupo GAULA.

Tercero: La Comisión Especial de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, mediante **Acuerdo 001 del 16 de julio de 2021**, convocó a concurso público de méritos en ascenso e ingreso para 500 vacantes definitivas provistas en provisionalidad, para ello, las organizaciones sindicales, la Comisión de Carrera Especial y la Fiscalía misma, tras analizar la planta de personal actual y las condiciones de pensionables de muchos trabajadores en provisionalidad, convinieron que esos primeros 500 cargos ofertados mediante el concurso que convocó el Acuerdo 001 del 16 de julio de 2021: “se proveerían en aquellas vacantes definitivas ocupadas en provisionalidad por personas que cuenten ya con Resolución que les reconozca pensión”, para el cual no es mi caso ya que al día de hoy que interpongo la acción de tutela no se me ha reconocido mi pensión de vejez por parte de Colpensiones.

Paola Cadena Rojas, donde me notifican de la **Resolución N° 003 de fecha 02/01/2024**, donde me comunican literalmente lo siguiente: Asunto: RES 0003 NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA Y SE DA POR TERMINADO UN NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD *MOISES RAUL CARABALLO OLIVARES- ARACELLY QUINTERO BUITRAGO - De conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, respetuosamente solicito su autorización y/o aceptación para ser notificada por medio electrónico. De igual manera, en caso de no remitir la autorización y/o aceptación, de conformidad con lo establecido en el artículo 68 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 - le solicitamos presentarse dentro del término de (5) días en las instalaciones de Talento Humano ubicada en la Carrera 21 A No. 26-65 Sur piso 4 al lado del Edificio Prohuila en el horario de 8 am a 12 m o de 2 pm. a 6 pm, para la diligencia de notificación del acto administrativo citado en el asunto.

Es importante resaltar que la Fiscalía General de la Nación resolvió nombrar mediante la resolución No. 0003 a <<posición elegible No. 42>> que viene del concurso de méritos convocado mediante el citado Acuerdo 001 del 16 de julio de 2021, en el cargo que vengo desempeñando en provisionalidad desde el 01 de septiembre de 2021, a pesar que la Fiscalía conoce que aún no ostento la resolución de pensión de vejez emitida por Colpensiones, la cual está en trámite desde el 18 de septiembre del 2023 bajo el radicado No. 2023_15689544.

Es de anotar, que en dicha resolución, en su artículo tercero, reza literalmente lo siguiente:

*ARTÍCULO TERCERO. – Como consecuencia del nombramiento en periodo de prueba dispuesto en el artículo primero, el nombramiento en provisionalidad del siguiente servidor se dará por terminado de forma automática, una vez el elegible tome posesión del mismo, situación QUE SERA COMUNICADA POR LA Subdirección Regional de Apoyo centro sur, haciéndole saber que **contra la misma no procede recurso alguno, de conformidad con lo establecido en el artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.***

Suscrita por la Dra. Astrid
Ejecutiva.

Cuarto: De acuerdo a la Resolución N° 003 de fecha 05/01/2024 el proceder de la FGN, no solo está violentando un compromiso previamente adquirido en ese sentido y con ello el DEBIDO PROCESO, sino también, por esa vía, mis derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL pues perdería mi única fuente de ingresos económicos y, en consecuencia, afectaría mi VIDA DIGNA, pues me vería impedida para garantizar mi subsistencia dado que carezco de alguna otra fuente de ingresos diferente a mi salario, conllevando ello, a un DAÑO IRREMEDIABLE, más aún, teniendo en cuenta que formo parte de una población especialmente protegida, como lo es la tercera edad, para quienes ya no existen oportunidades laborales u otras formas de supervivencia en este país. De igual modo mi salud mental, se ha visto afectada, pues desde esta noticia he presentado síntomas de estrés, que han

afectado mi equilibrio, mi estilo de vida, mi plan de vida y han ameritado intervenciones médicas, psicológicas y psiquiátricas. No menos importante, ha significado un gran golpe moral dado que yo le he entregado a la Fiscalía General de la Nación mi fuerza vital, mis conocimientos, mi juventud, y sigo aportando la experiencia adquirida a las futuras generaciones.

Quinta. Es de advertir, que la Fiscalía General de la Nación, ha seguido nombrando personas en provisionalidad y encargo, como lo es en la seccional Huila, en las vacantes que se encuentran definitivas, incluso, después de que la lista de elegibles estuviera en firme, resultando más gravoso, como accionante que, para los demás empleados de la Fiscalía General de la Nación, porque son puestos que hubiera podido ocupar con los ganadores del concurso, por lo que, así haya sido adoptado por las necesidades del servicio, no muestra la razonabilidad que justifique suficientemente la adopción de la medida, porque la fiscalía no estudio la posibilidad de conciliar mis derechos en tensión, ni verificó las condiciones especiales en las que podría estar inmersa.

Sexto: Por lo anterior solicito medida cautelar inmediata y a consecuencia se suspendan completamente los efectos jurídicos de la Resolución 003 de fecha 05/01/2024 hasta tanto se emita decisión en la acción de tutela de la referencia.

PRESUPUESTOS DE PROCEDIBILIDAD

- **Legitimación por pasiva**, en la acción de tutela, hace referencia a aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción de tutela, para responder por la amenaza o vulneración del derecho fundamental, en este caso la Fiscalía General de la Nación, cuando la transgresión del derecho resulte demostrada como se indica en esta acción.
- **Inmediatez**, El requisito exige que la acción de tutela sea presentada en un “término razonable”¹ respecto de la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la presunta amenaza o vulneración de los derechos fundamentales² teniendo en cuenta que la fecha de expedición de la resolución 0003 del 02 de enero del 2024, y que la misma fue notificada el día 05 de enero del 2024, me encuentro dentro del término de los dos meses.
- **Subsidiariedad**, El artículo 86 de la Constitución Política prescribe que la acción de tutela tiene carácter subsidiario respecto de los medios ordinarios de defensa judicial. El principio de subsidiariedad parte del supuesto de que las acciones y recursos judiciales ordinarios están diseñados para proteger la vigencia de los derechos fundamentales y, por lo tanto, los jueces ordinarios son quienes “tienen el deber preferente” de garantizarlos en³. En virtud del principio de subsidiariedad, la acción de tutela sólo procede en dos supuestos excepcionales⁴. Primero, como mecanismo de protección definitivo, si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el mecanismo

¹ Corte Constitucional, sentencia SU-961 de 1999.

² Corte Constitucional, sentencias T-273 de 2015, T-253 de 2021, T-292 de 2021 y T-001 de 2022

³ Corte Constitucional, sentencia SU-691 de 2017.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-071 de 2021.

judicial ordinario es idóneo si “es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales”⁵. Por su parte, es eficaz si “está diseñado para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados”⁶ (*eficacia en abstracto*), en consideración de las circunstancias en que se encuentre el solicitante (*eficacia en concreto*)⁷. Segundo, como mecanismo de protección transitorio si, a pesar de existir recursos ordinarios idóneos y eficaces, la tutela se utiliza con el propósito de evitar un perjuicio irremediable⁸

No obstante, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en algunos eventos el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho no es un mecanismo *eficaz en concreto* para controvertir actos administrativos controversia planteada tiene una dimensión constitucional que podría “escapar del control del juez de lo contencioso administrativo”⁹; y, por último, (v) cuando por las condiciones particulares del accionante (edad, estado de salud, condición social, entre otras), resulta desproporcionado exigir el agotamiento del mecanismo ordinario¹⁰. En estos eventos, la acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo de protección de los derechos fundamentales. Los hechos y el objeto de la solicitud de amparo evidencian una tensión constitucional entre el derecho de acceso a cargos públicos de las personas que integran la lista de elegibles, de un lado, y el derecho a la salud y a la estabilidad en empleo -relativa o reforzada- de las personas que ocupaban estos cargos en provisionalidad, de otro. La ponderación de estos principios constitucionales y derechos fundamentales, así como los remedios para armonizar esta tensión constitucional, superan los límites del control de legalidad de los actos administrativos que lleva a cabo el juez administrativo. La Corte constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de los servidores públicos, “cuando en el caso concreto se advierta la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”¹¹ En esta dirección, se ha señalado que para la comprobación de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela se deben observar una serie de criterios, tales como la edad de la persona, su estado de salud y el de su familia, sus condiciones económicas y la de las personas obligadas a acudir a su auxilio.¹² Sumado a lo anterior, la Corte ha enfatizado que, tratándose de desvinculaciones de funcionarios públicos, la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable gira

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-379 de 2019.

⁶ Ib.

⁷ Decreto 2591 de 1991, art. 6. “La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

⁸ Constitución Política, art. 86.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-051 de 2022. Ver también, sentencias T-785 de 2013, T-160 de 2018, entre otras.

¹⁰ Ib.

¹¹ Este Tribunal ha sostenido que el perjuicio irremediable se caracteriza por: (i) la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza o de un mal irreparable que está pronto a suceder; (ii) la gravedad, que implica que el daño o menoscabo material o moral de la persona que pueda ocurrir sea de gran intensidad, (iii) la urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza, y (iv) la impostergabilidad de la tutela, que exige la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario de protección de derechos fundamentales. Sentencias T-016 de 2008, SU-691 de 2017, T-464 de 2019, entre otras.

¹² Sentencias SU-691 de 2017, T-146 de 2019, entre otras.

especialmente, en torno al derecho al mínimo vital, *“debido a que una vez quedan desvinculadas de sus trabajos, pueden quedar expuestas a una situación de extrema vulnerabilidad, cuando su único sustento económico era el salario que devengaban a través del cargo público*¹³

Es importante recordar que, según lo ha establecido este Tribunal, existen una serie de categorías poblacionales que demandan una especial protección por parte del Estado, como es el caso de los adultos mayores, en razón a su edad y las debilidades que el avance de esta genera en la realización ciertas funciones y actividades,¹⁴ también las personas que por sus condiciones físicas o mentales se encuentran en estado de debilidad manifiesta. Ello en aras de superar las barreras que les impiden acceder al goce efectivo de sus derechos fundamentales,¹⁵ Conforme la sentencia SU691-17 En todo caso, si bien la acción de tutela debe paulatinamente darle un lugar prevalente a los mecanismos ordinarios creados por el legislador para resolver cuestiones iusfundamentales en la Jurisdicción Ordinaria y en la de lo Contencioso Administrativo, la realidad es que subsisten ciertas diferencias entre la eficacia que para la protección de derechos fundamentales ofrece la acción de tutela, con relación a las medidas cautelares desarrolladas por el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Entre ellas, la más relevante es que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho iniciadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, deben presentarse por intermedio de un abogado y el procedimiento, a pesar de los avances normativos en pro de la eficacia del derecho de acceso a la administración de justicia, se rige por la formalidad y por la regla de la justicia rogada. Por su parte, la acción de tutela no requiere de apoderado judicial y se rige, en contraposición, por el principio de informalidad y permite la adopción de fallos *extra* y *ultra petita*. Además, las medidas provisionales proferidas por el juez de tutela no requieren de caución por parte del accionante, lo que sí ocurre ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, salvo en lo relativo a la suspensión provisional de actos administrativos. Así, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta en la actualidad con las herramientas necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela, por parte de los jueces especializados en los asuntos del contencioso administrativo y también encargados de la protección de los derechos fundamentales. Pero esto no significa la improcedencia ni automática ni absoluta de la acción constitucional de protección subsidiaria de derechos fundamentales, ya que los jueces de tutela tienen la obligación de determinar, de conformidad con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la idoneidad y la eficacia -en concreto- de los otros medios de defensa judicial atendiendo a las circunstancias particulares del solicitante. Específicamente se debe considerar: (i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados. Por consiguiente, acorde con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, pese a la existencia de mecanismos ordinarios de defensa judicial, la acción de tutela puede ser procedente excepcionalmente cuando sea necesaria la actuación del juez de tutela, en principio, con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Sin contar que las

¹³ Sentencias SU-691 de 2017 y T-464 de 2019.

¹⁴ Sentencia C-066 de 2020, entre otras.

¹⁵ Sentencias T-662 de 2017, T-225 de 2018, entre otras.

tarifas de honorarios profesionales de la corporación del colegio nacional de abogados, CONALBOS, establece que el trámite de acción de nulidad de actos administrativos y restablecimiento del derecho cuesta cinco salarios mínimos, sin contar que esta acción, conforme abogados consultados su proceso puede tardar más de dos años ante la jurisdicción contenciosa administrativa, no siendo eficaz para la protección de derechos que se pretenden proteger.

El riesgo de configuración de un perjuicio irremediable por afectación del derecho al mínimo vital Al respecto, ha dicho este tribunal que el perjuicio irremediable se caracteriza por (i) *la inminencia del daño*, es decir, que se trate de una amenaza, de un mal irreparable que está pronto a suceder; (ii) *la gravedad*, que implica que el daño o menoscabo material o moral del haber jurídico de la persona que pueda ocurrir sea de gran intensidad, (iii) *la urgencia*, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza, y (iv) *la impostergabilidad de la tutela*, que exige la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario de protección de derechos fundamentales¹⁶. Al respecto, la Corte ha señalado igualmente que para la comprobación de la inminencia de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela, se deben observar criterios como (i) la edad de la persona, por ser sujeto de especial protección en el caso de las personas de la tercera edad; (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario del amparo¹⁷ o de las personas obligadas a acudir a su auxilio.

En concordancia con lo anterior, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula el derecho de toda persona a una subsistencia digna en los siguientes términos: “(...) *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuada que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial [-que no exclusivamente-], la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)*”. Lo anterior, también se denotó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁸, que estableció en el artículo 7, así como en el 11, el derecho de toda persona a contar con unas “*condiciones de existencia dignas (...)*”, al igual que el derecho a “*(...) un nivel de vida adecuado (...) y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)*”. En el mismo sentido también debe tenerse en cuenta el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)¹⁹, que establece el derecho a “*(...) una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias (...)*”. la sentencia T-017 de 2012, la Corte retomó la anterior regla, al decidir el caso de una señora que se desempeñaba en provisionalidad en la Rama Judicial y fue desvinculada con ocasión de un concurso de méritos. Sin embargo, en esa ocasión consideró que procedía la acción de tutela de manera definitiva, pues los derechos fundamentales de la accionante requerían una protección inmediata teniendo en cuenta que al momento de ser desvinculada de

¹⁶ Ver sentencia T-309/10.

¹⁷ Al respecto consultar las sentencias T-229/06, T-935/06, T-376/07, T-529/07, T-607/07, T-652/07, T-762/08 y T-881/10 y T-716/13.

¹⁸ Aprobado mediante la Ley 74 de 1968.

¹⁹ Aprobado mediante la Ley 319 de 1996.

su cargo adelantaba el trámite de reconocimiento de su pensión de jubilación, tenía a su cargo a su madre anciana y un hijo de 20 años, y su única fuente de ingresos era su salario. En consecuencia, concedió el amparo del derecho al mínimo vital, a través de la garantía de la estabilidad laboral reforzada de la accionante, ordenando su reintegro al cargo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El artículo 53 de la Constitución Política dispone que la “estabilidad en el empleo” o estabilidad laboral es un derecho fundamental del trabajador²⁰ y un principio mínimo de la relación laboral²¹. La Corte Constitucional ha definido la estabilidad laboral como un “derecho jurídico de resistencia al despido”²² que, en términos generales, exige que la desvinculación del trabajador se efectúe de acuerdo con las condiciones y requisitos previstos en la Constitución, la ley y el reglamento²³. Esta garantía constituye un límite a la autonomía de la voluntad privada en las relaciones laborales y reglamentarias que busca salvaguardar “la propia dignidad del trabajador y (...) [alcanzar] una mayor igualdad entre patrono y empleado”²⁴. El alcance y contenido del derecho a la estabilidad en el empleo varía en función de la condición del sujeto, la naturaleza de la vinculación o el tipo de contrato. En tales términos, la Corte Constitucional ha señalado que la estabilidad laboral puede ser (i) precaria, (ii) reforzada o (iii) relativa o intermedia.

La tensión entre el derecho de acceso a cargos públicos de los aspirantes que ganaron el concurso de méritos y el derecho a la igualdad de los SEPC que ocupan cargos en provisionalidad

La Constitución y las leyes que regulan los regímenes especiales de carrera permiten que las vacantes definitivas sean provistas en provisionalidad, mientras el proceso de selección para proveer el cargo en propiedad se lleva a cabo. En este sentido, es posible que los SEPC por razones de salud, embarazo o maternidad y pre-pensión, ocupen estos cargos en provisionalidad. En estos eventos, el posterior nombramiento en propiedad de las personas que surtieron el proceso de selección, se postularon para el cargo y ocuparon el primer puesto en la lista de elegibles, y la consecuente desvinculación del SEPC que ocupa el cargo en provisionalidad, puede producir una tensión entre dos grupos de principios constitucionales y derechos fundamentales: (i) el derecho de acceso a cargos públicos y el principio del mérito del sujeto que ocupó el primer puesto en la lista de elegibles; y (ii) el derecho a la igualdad sustantiva de los SEPC y el mandato constitucional de protección reforzada de sus derechos fundamentales (art. 13.2).

La Corte Constitucional ha señalado que en estos casos “prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos”²⁵, puesto que la condición de SEPC no otorga a quienes ocupan el cargo en provisionalidad estabilidad laboral reforzada *strictu sensu* -dada la naturaleza temporal del vínculo-. Así mismo, ha señalado que su situación de vulnerabilidad no les confiere un “derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera”²⁶. En tales términos, la persona que ocupó

²⁰ Corte Constitucional, sentencias C-470 de 1997, T- 320 de 2016, T-464 de 2019, T-052 de 2020, entre otras.

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-063 de 2022.

²² Corte Constitucional, sentencia C-034 de 2003.

²³ Corte Constitucional, sentencias C-470 de 1997, T- 320 de 2016, T-464 de 2019, T-052 de 2020 y T-063 de 2022.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-034 de 2003

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-640 de 2012. Ver también, sentencias SU-446 de 2011, T-373 de 2017, SU-691 de 2017, T-096 de 2018, T-469 de 2019 y T-063 de 2022.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-640 de 2012.

el primer lugar en la lista de elegibles tiene derecho a ser nombrado en propiedad y el SEPC debe ser desvinculado del cargo. **Sin embargo, el tribunal constitucional ha enfatizado que, en estos casos, la Constitución otorga a los servidores que ocupaban el cargo en provisionalidad y tienen la condición de SEPC una protección constitucional cualificada frente al acto de desvinculación²⁷. Esta protección exige que, con el objeto de garantizar sus derechos fundamentales, el empleador o nominador les otorgue un “trato preferente”²⁸ antes de desvincularlos y efectuar el nombramiento del sujeto que ganó el concurso.**

En concreto, la Corte Constitucional ha señalado que este **“trato preferente” impone a los nominadores dos deberes constitucionales²⁹: (i) asegurar que los SEPC sean los últimos en ser desvinculados y (ii) en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible, vincular al sujeto nuevamente en forma provisional en “cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupado”³⁰.**

Afiliar o mantener la afiliación del sujeto al Sistema de Seguridad Social en Salud hasta que culmine el tratamiento de sus patologías³¹. Esta posición, sin embargo, no ha sido pacífica en la jurisprudencia constitucional, debido a que otras Salas de Revisión han sostenido que después del retiro “no existe vínculo laboral (...) que obligué a realizar la respectiva vinculación y cotización al sistema”³².

Tensiones constitucionales entre el derecho de acceso a cargos públicos y la estabilidad laboral de los SEPC que ocupan cargos en provisionalidad

1. El derecho a posesionarse en el cargo es una de las facetas del derecho fundamental de acceso a cargos públicos de carrera (art. 40 de la CP) y una manifestación del principio constitucional del mérito (art 125 de la CP). Son titulares de este derecho los aspirantes que han superado el concurso de méritos y ocupan el primer lugar en la lista de elegibles para los cargos a los cuales se postularon.
2. Los servidores que ocupan cargos de carrera en provisionalidad son titulares de estabilidad laboral relativa o intermedia. Esta estabilidad les confiere dos garantías *iusfundamentales*: (i) garantía de legalidad y legitimidad del retiro y (ii) garantía de debido proceso y motivación suficiente, la cual exige al nominador exponer de forma clara, expresa y razonada las causales objetivas que justifican el retiro del servicio.
3. **La Constitución y la ley permiten que las vacantes definitivas en cargos de carrera sean provistas en provisionalidad por SEPC. En estos eventos, el eventual nombramiento en propiedad y la consecuente desvinculación del SEPC puede causar un riesgo de afectación a los derechos fundamentales de estos últimos. Esta situación produce una tensión entre dos grupos de intereses constitucionales: el derecho de acceso a cargos públicos y el principio del mérito vs., el derecho a la igualdad sustantiva y el mandato de protección especial de los SEPC. La Corte Constitucional ha resuelto esta tensión conforme a las siguientes dos reglas de decisión:**

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-342 de 2021.

²⁸ Corte Constitucional, sentencias C-640 de 2012, T-373 de 2017 y T-342 de 2021. Ver también, sentencias SU-446 de 2011, SU-691 de 2017, T-096 de 2018, T-469 de 2019 y T-063 de 2022.

²⁹ Corte Constitucional, sentencias SU-446 de 2011, SU-691 de 2017, T-096 de 2018, T-469 de 2019 y T-063 de 2022.

³⁰ Corte Constitucional, sentencias SU-446 de 2011, SU-691 de 2017, T-096 de 2018, T-469 de 2019 y T-063 de 2022.

³¹ Corte Constitucional, sentencias T-373 de 2017 y T-342 de 2021.

³² Corte Constitucional, sentencia T-342 de 2021.

- (i) *Regla 1.* En estos casos prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, puesto que la condición de SEPC no otorga a quienes ocupan el cargo en provisionalidad estabilidad laboral reforzada *strictu sensu* -dada la naturaleza temporal del vínculo-. La situación de vulnerabilidad de estos sujetos no implica que estos tengan un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera. En tales términos, la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles tiene derecho a ser nombrado en propiedad y el SEPC debe ser desvinculado del cargo.
- (ii) **Regla 2. Sin embargo, la Constitución exige otorgar a los SEPC un “trato preferente”. Este trato preferente se concreta en dos deberes constitucionales de los nominadores que deben ser cumplidos antes de la desvinculación: (i) asegurar que los SEPC sean los últimos en ser desvinculados y (ii) en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible, vincular al sujeto nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupado.**

A modo de conclusión, tal como se reiteró en las Sentencias T-373 de 2017 y T-464 de 2019, en aquellos casos en los que surge, con fundamento en el principio del mérito, la obligación de nombrar de la lista de elegibles a la persona que superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y pre pensionados, las **entidades deben proceder con especial cuidado antes de efectuar los respectivos nombramientos, mediante la adopción de medidas afirmativas, (dispuestas en la constitución art. 13 numeral 3º, y en la materialización del principio de solidaridad social - art. 95 ibídem-),³³ relativas a su reubicación, y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento.** En concordancia con sentencia T-063 de 2022.

*“En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.*

(...)

En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia.

³³ Sentencia T-373 de 2017.

(...)

*En el caso de los provisionales que son sujetos de especial de protección, si bien la Corte no concederá la tutela porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, **en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010***

Mediante sentencia C-640 de 2012 declaró fundadas las objeciones Gubernamentales al Proyecto de Ley N° 54 de 2010 Senado, 170 de 2010 Cámara, “por la cual se implementa el retén social, que garantiza la estabilidad laboral a grupos vulnerables y se dictan otras disposiciones”, al considerar que pese a que los sujetos de especial protección constitucional, como las mujeres cabeza de familia nombradas en provisionalidad, gozan de un tratamiento preferente, prevalecen los derechos de las personas que ganan un concurso público de méritos. En esa oportunidad, se examinó una norma que disponía la imposibilidad de separar del cargo de carrera a aquel servidor público próximo a pensionarse y a mujeres cabeza de familia que lo ejercía en provisionalidad, pese a haberse surtido el concurso público de méritos. Así, la Corte Constitucional reiteró en que consiste la garantía de los servidores públicos con estabilidad laboral reforzada, en los siguientes términos:

*“Sin embargo, en relación con las madres y padres cabeza de familia, las personas que estén próximas a pensionarse (a las que les faltan tres años o menos para cumplir los requisitos), y las personas en situación de discapacidad, nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa cuya vacancia es definitiva, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que tienen derecho a recibir un tratamiento preferencial. Este, **consiste en prever mecanismos para garantizar que los servidores públicos en las condiciones antedichas, sean los últimos en ser desvinculados cuando existan otros cargos de igual naturaleza del que ocupan vacantes.** En cualquiera de las condiciones descritas no se otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, pero su condición de debilidad manifiesta hace que la administración deba otorgarles un trato especial.*

CONFORME LA SENTENCIA SU-446 de 2011

*la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: **i)** las madres y padres cabeza de familia; **ii)** las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 - fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y **iii)** las personas en situación de discapacidad.*

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las

situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.

Es claro que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho, a prodigar una protección especial a las personas que, por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución. Este mandato fue ignorado por la Fiscalía General cuando hizo la provisión de los empleos de carrera y dejó de atender las especiales circunstancias descritas para los tres grupos antes reseñados.

En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia.

Como se indicó en otro acápite de esta providencia, está demostrado que la Fiscalía General de la Nación al momento de proveer los cargos con el registro de elegibles no tuvo en cuenta ningún criterio para proceder a dar por terminadas las vinculaciones en provisionalidad porque, según se desprende de la respuesta que obra en el expediente que ahora es objeto de análisis, se consideró que hacer distinciones “haría necesaria toda una reglamentación que establezca a quien se le puede terminar la provisionalidad y a quien no y a quien primero y luego a quien, y así sería imposible nombrar a quien sí tiene un mejor derecho, esto es a quien concursó y se hizo acreedor al derecho de ser nombrado.

No podemos olvidar que los órganos del Estado en sus actuaciones deben cumplir los fines del Estado, uno de ellos, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, entre los cuales la igualdad juega un papel trascendental, en la medida que obliga a las autoridades en un Estado Social de Derecho a dar una protección especial a las personas que por su condición física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, artículo 13, inciso 3 de la Constitución.

En ese orden, es cierto que las personas que ganaron el concurso tenían un mejor derecho frente a quienes ocupaban un cargo en provisionalidad, asunto que en esta providencia se busca proteger y garantizar. Sin embargo, también está demostrado que en la asignación de las plazas en la Fiscalía General no se fijaron criterios para proteger a quienes por sus especiales condiciones deberían ser los últimos en desvincularse de la entidad por razón del concurso público.

En ese sentido, está probado, por ejemplo, que en una sede podían existir varias plazas de la misma naturaleza y perfil de las que fueron objeto de concurso ocupadas por provisionales y sólo a unos pocos de ellos se le terminó la provisionalidad, sin que existieran lineamientos claros para determinar cuáles eran las razones de la entidad para terminar una provisionalidad y no la otra. Es decir, el Fiscal General utilizó al extremo su facultad discrecional, pues el único criterio válido para la entidad era “estar ocupando un cargo en provisionalidad”

La Fiscalía, tenía la obligación de identificar y en consecuencia adoptar acciones afirmativas a mi favor como sujeto de especial protección constitucional, para que, en lo posible, fuera reubicada en otro empleo vacante.

No verifico la fiscalía si en la planta global seccional Huila, existían vacantes que permitieran garantizar la permanencia en la entidad, ni adoptó alguna acción afirmativa a favor de mi persona, para que en lo posible fuera reubicada en otro empleo vacante o fuera de las últimas en ser retiradas del servicio, sino al contrario de las primeras en ser retiradas en la seccional Huila. Lo que evidencia el poco interés de Fiscalía en hacerlo.

El nominador está en la obligación de brindarle a los servidores en las condiciones especiales anotadas, un trato preferencial, como acción afirmativa, antes de proceder a nombrar en sus cargos a quienes integraron la lista de elegibles una vez superadas todas las etapas del respectivo concurso de méritos³⁴ Ello, con el fin de garantizar el goce real de sus derechos fundamentales (art. 2º Const.) y de llevar a efecto la cláusula constitucional que exige a las autoridades en un Estado Social de Derecho, prodigar una protección especial a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13, inciso 3º Const.).

PRETENCIONES

Con fundamento en los hechos relacionados, solicito al señor Juez disponer y ordenar a favor mío lo siguiente:

Primero: Tutelar mis derechos fundamentales a la ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA - MÍNIMO VITAL – DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS -VIDA DIGNA- SEGURIDAD SOCIAL – DERECHO A LA SALUD E IGUALDAD -DIGNIDAD HUMANA - DEBIDO PROCESO.

Segunda: se vincule a esta acción de tutela a TALENTO HUMANO DE FISCALIA GENERAL LA NACION, subdirectora LEILA ELOSIA RIVERA y a la COMISION DE CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE NACION, con el fin de que verifique y se pronuncie sobre las VACANTES DISPONIBLES, en la ciudad de Neiva y Dirección Seccional Huila del cargo Técnico Investigador II, donde actualmente me encuentro desempeñando el cargo.

MEDIDA PROVISIONAL

Primera: SUSPENSIVA. Solicito como accionante se ORDENE a la Fiscalía General de la Nación – Dirección ejecutiva – suspender inmediatamente los efectos

³⁴ Consultar, entre otras, las sentencias SU-446 de 2011, C-640 de 2012, T-156 de 2014, T-326 de 2014 y T-373 de 2017

y términos de la resolución número 0003 del 02 de enero del 2024, *“Por medio de la cual se efectúa un nombramiento en período de prueba en la planta global de la Fiscalía General de la Nación y se da por terminado un nombramiento en provisionalidad”* hasta tanto el juez de tutela que conozca de esta acción, resuelva el objeto de la misma.

Lo anterior en el sentido, que, ante la imposibilidad de interponer recursos en contra del acto administrativo, y que el cumplimiento del mismo vence antes del término legal para emitir fallo de instancia se hace necesario solicitar la suspensión de los efectos del mismo, y se traen a consideración los siguientes requisitos:

INMINENCIA

Es claro que la finalidad de la resolución N° 0003 del 02 de enero del 2024, ordena mi desvinculación y tengo que cumplir con dicho plazo de forma perentoria, ya que la persona que ganó el puesto por concurso, al aceptar el nombramiento, se da mi desvinculación con la entidad, pese a existir más vacantes en el cargo que ostentó, generando una vulneración de mis derechos, de manera inminente a mi núcleo familiar y mínimo vital.

PERJUICIO GRAVE

El permitir que la Fiscalía General de la Nación a través de la resolución, donde no se estudian las particularidades de mi caso concreto, existiendo vacantes definitivas, genera una afectación grave a mis derechos fundamentales y perjuicio grave que en gran medida no solo me impactara a mí, sino a mi familia quienes se ven afectados por mi gran estrés, deterioro de mi salud física y mental, aspectos que se trató de proteger a través de esta acción de tutela.

SE REQUIERAN MEDIDAS URGENTES PARA SUPERAR EL DAÑO

Por el corto tiempo que tengo, el cual depende de la aceptación del cargo de la persona nombrada por concurso de méritos, el juez de tutela se encuentra legitimado para amparar los derechos vulnerados, por lo cual resulta procede que la medida urgente se adopte a través de la medida provisional, con el fin de garantizar los derechos vulnerados.

LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEBEN SER IMPOSTERGABLES

Por la proximidad en la aceptación del nombramiento, el escaso lapso que tengo es necesario que el juez de tutela analice la procedencia, necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida solicitada en caso de proceder el amparo constitucional solicitado.

PRUEBAS

Ruego al señor Juez, se sirva tener como tales,

- Copia de la cédula de ciudadanía de Aracelly Quintero Buitrago, un (01) folio
- Copia del carnet institucional de la Fiscalía General de la Nación a nombre de Aracelly Quintero Buitrago, un (01) folio
- Impresión del correo electrónico, dos (02) folios
- Copia del certificado laboral, un (01) folio
- Resolución No 0003 del 02 de enero del 2024

COMPETENCIA

Es Usted competente señor Juez, por la naturaleza constitucional del asunto y por tener jurisdicción en el lugar donde ocurrió la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados, conforme al Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento, manifiesto que no he instaurado Acción de Tutela alguna sobre los mismos hechos y derechos, materia de esta acción, según Artículo 37 de Decreto 2591 de 1991.

ANEXOS

Copia de la tutela para el archivo del Juzgado.
Los documentos anunciados en el capítulo de pruebas.

NOTIFICACIONES

ACCIONADO:

Accionada 1:

DRA. ASTRID TORCOROMA ROJAS SARMIENTO

Directora Ejecutiva. Fiscalía General De La Nación
Diagonal 22 b No. 52 – 01 Piso 4 Edificio Gustavo de Greiff - Bogotá D.C.
Teléfono 5702000 Extensión 12028
astrid.rojass@fiscalia.gov.co
jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co

Accionada 2:

Comisión De Carrera Especial De La Fiscalía General De La Nación
Diagonal 22 b No. 52 – 01
Correo: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co
ges.documentalpqr@fiscalia.gov.co

Atentamente,

ARACELLY QUINTERO BUITRAGO

