**Providencia:** Tutela del 7 de abril de 2016

**Radicación** **No.:**  66001-22-05-000-2016-00067-00

**Proceso:**  Acción de tutela

**Accionante:**  María Eugenia Nova Vecino

**Accionado:**  Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC

**Magistrada ponente:** Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema:**

ESTABILIDAD LABORAL INTERMEDIA/ Garantía del servidor público para continuar en el cargo en el que fue nombrado en provisionalidad sucumbe frente al que es designado en propiedad/ Salvaguarda de derechos fundamentales en trámite de nombramiento y desvinculación de servidores públicos en cargos ofertados en concurso de méritos

“(…) los y las funcionarias nombradas en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, razón por la cual la estabilidad laboral intermedia de que goza la actora en el cargo que ocupa en provisionalidad, cede ante la estabilidad laboral plena que adquirió el Señor Eusebio Chaverra Murillo cuando ganó el concurso y fue nombrado en propiedad en dicho cargo.

(…) al constatar por esta Sala que el INPEC motivó debidamente el acto de desvinculación de la actora con ocasión del nombramiento del referido señor Chaverra Murillo (…) no vulneró derecho fundamental alguno de la accionante, a quien, por un lado, le garantizó su derecho al trabajo y al mínimo vital al nombrarla en propiedad en el cargo para el cual concursó (profesional grado 11 de Barranquilla, resolución No 004262 del 4 de noviembre del 2015), y por otro, la desvinculó del cargo actual por una razón válida y motivada, amén de que le respetó su deseo de posesionarse en el otro cargo dentro de los 90 días como ella mismo solicitó.”

Citas: Corte Constitucional, sentencia T-147 de 2013 y T-326 de 2014.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**ACTA No. \_\_\_**

**(Abril 7 de 2016)**

Dentro del término estipulado en los artículos 86 de la Constitución Política y 29 del Decreto 2591, se resuelve en primera instancia la **Acción de Tutela** impetrada por la señora **María Eugenia Nova Vecino** en contradel **Instituto Nacional Penitenciario Y Carcelario - INPEC**, quien pretende la protección de los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital.

El proyecto, una vez revisado y discutido, fue aprobado por el resto de integrantes de la Sala, y corresponde a lo siguiente:

#### Antecedentes

* 1. **Hechos Relevantes**

Manifiesta la accionante que fue vinculada al **INPEC** por término de 6 meses el 20 de noviembre de 1995, como profesional universitario grado 8; que el 4 de junio de 1998, la Dirección General expidió resolución mediante la cual la nombró con carácter ordinario en el mismo cargo, siendo trasladada en junio de 2002 de la Dorada-Caldas por necesidades del servicio, a esta sede.

Aduce que desde agosto de 2008 cumplió funciones de coordinación en la oficina de control interno disciplinario; que el 28 de agosto de 2014 el medico laboral recomendó su reubicación en otro puesto, la cual se llevó a cabo el 7 de abril de 2015.

Refiere que en diciembre 2012, el **INPEC** realizó, a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la convocatoria 250 de 2012 para las vacantes definitivas de empleos de carrera de la planta del personal administrativo, ofertando nueve cargos de profesional universitario grado 11 para las direcciones regionales (sedes en Bogotá, barranquilla, Cali, Pereira y Medellín), y 10 vacantes en las mismas sedes para profesional universitario grado 9, sin que para estos últimos apareciera el perfil profesional de abogado como requisito de estudio, retirándose de manera arbitraria la profesión e impidiendo su participación en el cargo que ejerce hace más de 20 años.

Informa que ante la eventualidad mencionada se vio en la necesidad de concursar para el empleo de profesional universitario grado 11, superando las pruebas de conocimiento y comportamiento, por lo que fue incluida en la lista de elegibles a través de la resolución No 1964 del 9 de septiembre de 2014, modificada mediante resolución No 3698 del 20 de agosto del mismo año, la cual adquirió firmeza el día 24 del citado mes. Finalmente fue nombrada en barranquilla en el cargo para el que concursó, mediante resolución No. 004262 del 4 de noviembre de 2015.

Afirma que el 14 de enero de enero de 2015, al no tener otra opción, aceptó el cargo de profesional universitario grado 11, solicitando prorroga de 90 días para tomar posesión del mismo, la cual fue aceptada. No obstante el 19 de febrero del presente año el Director General del **INPEC** expidió la resolución No. 000809 mediante la cual dio por terminado su nombramiento provisional a partir del 31 de marzo, con el fin de nombrar al señor Eusebio Chaberra Murillo en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario De Quibdó.

#### Contestación de la demanda

El **Instituto Penitencial** y **Carcelario** manifiesta que la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso de méritos para proveer las vacantes definitivas de los empleos de carrera administrativa del **INPEC,** entre ellas los empleos denominados profesional universitario código 2044 grado 09 y 11. Explica que la señora **María Eugenia Nova Vecino** se encuentra vinculada con carácter provisional y no ordinario dentro de la planta del I**NPEC**, en el cargo de empleo profesional universitario grado 9, el cual fue ofertado en la convocatoria 250 de 2012, y en cumplimiento a la lista de elegibles para dicho empleo, dio por terminado los empleos provisionales entre ellos el que ocupaba la parte actora, con el fin de proveer las vacantes de los elegibles que por mérito superaron el proceso de selección.

Agregó que la accionante participó en el concurso de selección de méritos para el empleo denominado profesional universitario código 2044 grado 11, el cual es diferente al que se encuentra vinculada, y el hecho de que aquella no cumpliera con los requisitos de estudio para aspirar al mismo cargo en el que se encuentra vinculada, no significa que el INPEC haya cometido una arbitrariedad, pues el manual que regía el concurso fue de público conocimiento para todos los aspirantes. Así, independientemente de que la actora fuera funcionaria del **INPEC,** debía cumplir con los requisitos del empleo al cual pretendía concursar, como cualquiera otro de los aspirantes.

Finalmente arguyó que la accionante superó las etapas del concurso de profesional universitario grado 11, logrando el derecho de ser nombrada en periodo de prueba con ubicación en la dirección regional norte de la ciudad de Barranquilla, el cual fue notificado y una vez aceptado por parte de ella el nombramiento, solicitó prorroga por 90 días para tomar posesión del cargo, la cual le fue concedida, en el entendido de que en cualquier momento se daría por terminada su provisionalidad, para dar estricto cumplimiento a la lista de elegibles que expide la Comisión Nacional, conforme a los derechos adquiridos a través del concurso de mérito.

En consecuencia, solicitó que se nieguen las pretensiones de la accionante, toda vez que en ningún momento se han vulnerado sus derechos fundamentales.

#### Consideraciones

* 1. **Problemas Jurídicos por resolver:**

¿Se ha vulnerado el derecho al trabajo y al mínimo vital de la accionante por parte del **Instituto Penitencial** y **Carcelario - INPEC** al desvincularla del cargo en provisionalidad que venía desempeñando, para en su lugar nombrar al Señor Eusebio Chaverra Murillo quien participó y obtuvo el cargo mediante concurso de mérito en carrera administrativa?

 **4.1 La estabilidad intermedia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa.- Precedente Jurisprudencial:**

La Corte Constitucional ha marcado su línea jurisprudencial con relación a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa, tal como se destaca en la sentencia T-147/13 Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, así:

“*La vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos, cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal. Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad. La naturaleza de los cargos provisionales difiere de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción. Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera.*

*Los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución.*

*En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación.”*

Por otra parte, en la Sentencia T-326/14 Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, se pronunció el Alto Tribunal:

*“La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por esta razón, la Corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales.*

*En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba, además de otros requisitos, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución.*

*Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.*

*Sin embargo esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo* ***1.*** *Madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica* ***2.*** *Funcionarios que están próximos a pensionarse* ***3****. Personas en situación de discapacidad. Si bien, estas personas no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse por medio de un concurso de méritos, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales, ello en virtud en virtud de los mandatos contenidos en los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 CP), las personas de la tercera edad (art. 46 CP) y las personas con discapacidad (art. 47 CP)”*

* 1. **Caso Concreto**

 En el caso que ocupa la atención de la Sala, se acude al mecanismo constitucional con el objetivo de que se protejan los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital de la señora María Eugenia Nova Vecino, presuntamente vulnerados por parte del Instituto Penitenciario y Carcelario- INPEC, al ser desvinculada del cargo en provisionalidad que venía desempeñando, mediante resolución No 000809 (Fl.20 y s.s) expedida por el Director General del INPEC, omitiendo respetar la prórroga de 90 días que le fue concedida para posesionarse en el cargo en el que fue nombrada en propiedad en Barranquilla.

En otras palabras, la tutelante pretende que a través de esta acción, la prórroga de 90 días que le fue concedida para posesionarse en el cargo para el cual fue nombrada en propiedad en la ciudad de Barranquilla se haga prevalecer sobre el derecho a posesionarse que tiene quien ganó el concurso y fue nombrado en propiedad en el cargo que ella actualmente ocupa en provisionalidad. Como se ve, en principio se presenta un enfrentamiento de dos actos administrativo: el que concedió la prórroga a la actora y el que nombró en propiedad al concursante, pero en realidad no hay tal.

En efecto, como viene de verse en el precedente jurisprudencial traído a colación, los y las funcionarias nombradas en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, razón por la cual la estabilidad laboral intermedia de que goza la actora en el cargo que ocupa en provisionalidad, cede ante la estabilidad laboral plena que adquirió el Señor Eusebio Chaverra Murillo cuando ganó el concurso y fue nombrado en propiedad en dicho cargo.

Por lo tanto, al constatar por esta Sala que el INPEC motivó debidamente el acto de desvinculación de la actora con ocasión del nombramiento del referido señor Chaverra Murillo (Resolución No. 000809 del 19 de febrero de 2016 folio 20 y s.s.), no vulneró derecho fundamental alguno de la accionante, a quien, por un lado, le garantizó su derecho al trabajo y al mínimo vital al nombrarla en propiedad en el cargo para el cual concursó (profesional grado 11 de Barranquilla, resolución No 004262 del 4 de noviembre del 2015), y por otro, la desvinculó del cargo actual por una razón válida y motivada, amén de que le respetó su deseo de posesionarse en el otro cargo dentro de los 90 días como ella mismo solicitó.

En consecuencia, si bien no puede permanecer en el cargo actual por haberse provisto en propiedad –como corresponde- bien puede la demandante renunciar a la prórroga que se le concedió para posesionarse en el otro cargo, o bien hacerlo una vez vencida la referida prórroga, decisión en la cual nada tiene que ver el INPEC. Lo que no puede pretender la actora es que la prórroga que le concedió el INPEC para posesionarse en su nuevo cargo, le impida a dicha institución proveer en propiedad el cargo que aquella estaba ocupando en provisionalidad ni menos limitar la posibilidad del nombrado en dicho cargo a posesionarse en propiedad porque eso sí constituiría una violación al debido proceso y al derecho a la igualdad de todos los concursantes.

En ese orden de ideas se negara el amparo constitucional deprecado.

 Corolario de lo anterior, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución

####  RESUELVE

**PRIMERO: NEGAR**  el amparo deprecado por la señora **María Eugenia Nova Vecino.**

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** esta decisión a las partes por el medio más expedito.

**TERCERO**: Si no se impugnase, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**LEONARDO CORTÉS PÉREZ**

**Secretario**