

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS No. 1**

**MAGISTRADO PONENTE
AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
APROBADO ACTA No.217**

Bogotá D.C., ocho (8) de julio de dos mil diez (2010).

ASUNTO

La Sala resuelve la impugnación formulada por el accionante ELEAZAR FALLA LÓPEZ, contra el fallo del 27 de mayo del año en curso, mediante el cual el Tribunal Superior de Bogotá negó la tutela instaurada contra la Contraloría General de la República, por presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

ANTECEDENTES

1. Hechos

Informa el libelista que como resultado del proceso de selección por concurso de méritos adelantado por la Contraloría General de la República, fue nombrado mediante Resolución No 0618 del 27 de abril de 2009, en periodo de prueba para el cargo de Coordinador de Gestión, Nivel Ejecutivo Grado 02 del Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva Gerencia Departamental Guaviare, cargo para el cual se posesionó mediante acta del 12 de mayo de 2009. Superado el periodo de prueba, fue inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa Especial de la entidad, según Resolución No 1225 del 19 de noviembre del mismo año, proferida por la Directora de Carrera Administrativa.

Más adelante, luego de participar en la Convocatoria 01 de 2005, realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Resolución No 1569 del 21 de diciembre de 2009, se conformó la lista de elegibles para proveer empleos de carrera del Ministerio de la Protección Social, ocupando el primer lugar para el cargo de Asesor 1020-09, razón por la cual se efectuó su nombramiento por Resolución 614 del 19 de febrero de 2010, que le fue comunicada el día 23 siguiente, advirtiéndole que tenía diez (10) días para la aceptación o rechazo, y diez (10) días más para posesionarse, aceptando el cargo el 11 de marzo del mismo año.

El 28 de enero del año en curso, cuando ya conocía su lugar en la lista de elegibles, consultó al Consejo Superior de Carrera Administrativa de la Contraloría, si al posesionarse en periodo de prueba en el nuevo cargo conservaba los derechos de carrera

adquiridos y, en caso afirmativo, por cuánto tiempo, además si podía retornar al cargo y acerca del procedimiento a seguir para preservar sus derechos, pues según la Comisión Nacional del Servicio Civil, en esos casos, se conservan por el término que dure el periodo de prueba en el cargo nuevo, y es posible retornar al anterior, bien por no superarlo o renunciar a éste.

No obstante, la Contraloría al absolver su solicitud no tuvo en cuenta el principio de favorabilidad, con fundamento en el cual ha resuelto otras situaciones, así como el derecho a la igualdad, toda vez que la entidad ha autorizado la posesión en periodo de prueba de funcionarios escalafonados en carrera administrativa, como sucedió con la señora Sandra Patricia Villamizar Martínez.

Además, la negativa a otorgar la declaratoria de vacancia del empleo, con fundamento en que esa figura no está prevista y que las decisiones de la Comisión Nacional del Servicio Civil tampoco tienen fuerza vinculante que le obliguen a cambiar su posición, vulnera el debido proceso y los derechos a la igualdad y al trabajo y constituye un perjuicio irremediable, ante el término perentorio que le fue concedido para posesionarse, esto es, 14 de mayo del año en curso, efecto para el cual tiene que renunciar a su cargo actual.

Enfatiza que el Tribunal Superior de Bogotá, en caso similar, amparó los derechos fundamentales del señor Edier Orlando Bolaños, en fallo de tutela del 24 de marzo del año en curso.

Solicita se le ordene a la entidad accionada que le conceda declaratoria de vacancia temporal del cargo que ocupa en la actualidad, mientras se cumple el periodo de prueba y se le notifica el escalafonamiento en carrera administrativa general, en al cargo de Asesor Grado 09 de la Planta Global del Ministerio de la Protección Social.

Respuesta de la parte accionada

Comunicadas las autoridades accionadas de la admisión de la tutela, se pronunciaron así:

1. La Directora de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República comienza por manifestar que la entidad goza de un régimen especial de carrera, según lo establece el numeral 1° del artículo 268 de la Carta Política, desarrollado y reglamentado por medio de los Decretos Ley 267, 268 y 269 de 2000 y Resoluciones internas y reglamentarias.

El Consejo Superior de Carrera Administrativa es el máximo órgano de dirección de la Carrera Administrativa especial de la entidad, tal como lo señala el Decreto Ley 268 de 2000, en sus artículos 4°, 5° y 8°.

En concreto, frente a la petición realizada el 1° de febrero del año en curso por el señor ELEAZAR FALLA LÓPEZ, señala que el Consejo Superior, en sesiones del 4 y 24 siguientes, decidió no atender la misma, apoyándose para el efecto en un concepto

emitido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, cuya copia adjunta.

En la Resolución Reglamentaria 050 de 2007, por medio de la cual se adoptó el Estatuto de Personal para la entidad, establece en su artículo 21 las situaciones administrativas en que pueden encontrarse los empleados. En el punto 4, se regulan las COMISIONES, y una de sus modalidades es la comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de periodo, *“única forma en que los funcionarios de la Contraloría pueden separarse de su cargo para desempeñar otro en otra entidad del Estado”*.

La separación temporal de los empleos de carrera administrativa contemplada en el artículo 14 del Decreto ley 268 de 2000, sólo opera frente a las situaciones administrativas de comisión, para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de periodo.

La teleología de la normatividad de Carrera Administrativa Especial de la Contraloría, es especial por naturaleza, dada la misión constitucional asignada, diferente a la competencia y naturaleza que tiene la Comisión Nacional del Servicio Civil, que se rige por la Ley 909 de 2004, y se aplica en general a quienes pertenecen a la Rama Ejecutiva de nivel nacional y sus entes descentralizados, siendo dicha Comisión su máxima autoridad, que es del mismo rango que el Consejo Superior de Carrera Administrativa de la Contraloría.

Aún cuando la Ley 909 en cita se puede aplicar con carácter supletorio en caso de vacíos en el régimen de Carrera Especial de la Contraloría General, en lo que tiene que ver con la provisión de empleos por vacancia temporal, el artículo 14 del Decreto Ley 268 del 22 de febrero de 2000, es claro en establecer que se trata de situaciones administrativas que impliquen la separación temporal del cargo, lo que no sucede en el presente caso pues se trata de una separación definitiva, por cuanto el funcionario va a prestar los servicios a una entidad distinta de la Contraloría General de la República.

Al no incluir la Ley 909 de 2004 a la Contraloría dentro de su ámbito de aplicación, y dejarla sólo de manera supletoria, es claro que el legislador fue consecuente con el mandato superior y el Decreto Ley que lo desarrolla, al respetar su autonomía y reconocerle el régimen especial Constitucional.

En síntesis, si las normas de carrera administrativa especial de la Contraloría no facultan al accionante a abandonar su cargo de carrera en la entidad para tomar posesión de un empleo en periodo de prueba en una entidad regulada por el régimen general de carrera administrativa, ello no implica un *vacío normativo*, sino simplemente que el ordenamiento no faculta al servidor para realizar tal procedimiento.

La Comisión Nacional del Servicio Civil desborda su competencia legal al realizar pronunciamientos sobre la aplicación de normas

a la Carrera Administrativa Especial de la Contraloría, siendo el Consejo Superior de Carrera el único competente para sentar doctrina sobre las consultas que se le formulen y dirimir los conflictos que se presenten en la interpretación y aplicación de las normas que regulan el sistema de carrera en la entidad, actividad que sólo puede avocar el Consejo de Estado, al tenor del artículo 8º numeral 6º del Decreto Ley 268 de 2000.

Concluye que la Contraloría no ha vulnerado las garantías fundamentales del peticionario, quien no puede alegar desconocimiento del derecho a la igualdad, tomando como referente a personas que pertenecen a otro régimen como es el de carrera general, regulado por la Ley 909 de 2004.

Además, la predicada igualdad frente a la ‘vacancia temporal’ otorgada por la entidad, obedeció a un fallo de tutela, que fue revocado por el *Ad quem*.

2. La Coordinadora del Grupo Acciones Constitucionales del Ministerio de la Protección Social, solicita se exonere a la entidad de toda responsabilidad que se le pueda endilgar dentro de la acción de tutela, toda vez que dentro de los términos señalados en la ley, concedió al accionante una nueva prórroga hasta el 15 de julio del año en curso, para que tome posesión del cargo para el cual fue nombrado dentro de la planta de personal del Ministerio.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, negó la tutela impetrada por las siguientes razones:

(I) La pretensión del actor, dirigida al otorgamiento de vacancia temporal respecto del cargo en carrera administrativa que ocupa en la Contraloría General de la República, mientras se surte el periodo de prueba que se le exige para acceder al cargo se asesor código 1020, grado 09 del Ministerio de la Protección Social, sin que deba renunciar, como se lo exige la accionada, no está llamada a prosperar, porque se está ante un régimen especial de carrera administrativa que impide la aplicación del régimen general de carrera contemplado en la Ley 909 de 2004.

(II) El régimen especial de carrera administrativa de la Contraloría General de la República se encuentra contemplado en el Decreto Ley 268 del 22 de febrero de 2000, cuya dirección está a cargo del Consejo superior de Carrera Administrativa, máxima autoridad en la materia y, por tanto, responsable de dirimir las consultas pertinentes.

(III) La aplicación que pretende el actor, respecto de la Ley 909 de 2004 es improcedente, dado su carácter supletorio para el caso de regímenes especiales como el de la Contraloría General, y en caso de presentarse vacíos en la normatividad. Así, la negativa de la entidad demandada no surge irregular, sino que se ajusta al régimen de carrera administrativa especial, que se

debe acatar en su totalidad. De donde se descarta la vulneración al debido proceso y al acceso a los cargos públicos, que en manera alguna restringe al actor la posibilidad de ocupar su cargo en el Ministerio de la Protección Social para el cual concursó, previendo que no tendrá derecho a que se le reserve el actual, porque el sistema especial que rige la entidad no contempla tal beneficio.

(IV) Tampoco es procedente acatar el concepto de la Comisión Nacional del Estado Civil, referida a que para el caso del actor es procedente la declaratoria de vacancia temporal, porque la Corte Constitucional, en sentencia C-1230 de 2005, señaló que se debe excluir a dicha entidad de la competencia para administrar y vigilar los regímenes especiales de carrera administrativa de origen constitucional.

(V) El cuestionamiento del actor, a la normatividad que regula el régimen de carrera, no es objeto de discusión en sede de tutela, sino de la jurisdicción ordinaria.

(VI) No se vulnera el derecho a la igualdad, frente a la situación de Edier Orlando Bolaños, a quien esa Corporación le concedió el amparo de sus derechos mediante providencia del 24 de marzo del año en curso, ha de tenerse en cuenta que la misma fue revocada por la Corte Suprema de Justicia.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante insiste en que se tengan en cuenta los argumentos expuestos en el escrito de tutela, los que fueron acogidos en el salvamento de voto de uno de los Magistrados integrantes de la Sala del Tribunal que decidió la tutela, quien entendió que existe un vacío normativo, porque si el artículo 16 del Decreto Ley 268 consagra la posibilidad que empleados de carrera de la Contraloría General de la República puedan desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de periodo, por un término de hasta 3 años en la misma Contraloría o en otras entidades del Estado, con mayor razón ha de admitirse que el empleado de carrera de la accionada pueda desempeñar otro cargo en periodo de prueba, inclusive en otra entidad del Estado, y en consecuencia, es aplicable el artículo 31-5, inciso 3º, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 3-2 de la Ley 909 de 2004.

Con fundamento en la sentencia C-753 de 2007, agrega que independientemente del sistema de carrera que se trate, general, especial o específico, ha de primar el respeto de los valores y derechos consagrados en la Constitución, pues sería contrario al Estado de Derecho que mientras en el sistema general se respetan los derechos fundamentales, en el especial como el de la Contraloría General, se desconozcan.

Estima injusta la interpretación que la Sala de Casación Penal dio al artículo 94 de la Resolución Reglamentaria No 043 de 2006, al revocar una tutela y, en su lugar, negar las pretensiones del

actor Eider Orlando Bolaños Hoyos, pues la entidad accionada sí contempla en el artículo 14 del Decreto Ley 268, la figura de la vacancia temporal, que a su vez fue reglamentado por el artículo 7° numeral 4° de la Resolución Reglamentaria No 050 de 2007 y el párrafo del artículo 94 de la Resolución Reglamentaria No 043 de 2006.

Esas normas, al igual que el artículo 31 - 5, inciso 3° de la Ley 909 de 2004, contemplan el derecho de declarar la vacancia temporal mientras el empleado que está en carrera va a otro empleo de carrera, de cualquier entidad del Estado e indistintamente del sistema de carrera de que se trate, y hasta tanto la calificación sea satisfactoria, porque de lo contrario, habrá de regresar al cargo anterior.

En consecuencia, solicita se revoque la decisión impugnada y, en su lugar se acceda a sus pretensiones.

CONSIDERACIONES

La Sala confirmará el fallo impugnado, por las siguientes razones:

1. Tal como lo sostiene la Directora de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República, el Consejo Superior de Carrera Administrativa, máximo órgano de dirección, decidió no atender a la solicitud de vacancia de temporal del empleo de un

servidor público al servicio de la entidad cuando haya sido nombrado en otra entidad estatal y deba cumplir el periodo de prueba.

Las razones, según la misma funcionaria, están condensadas en un concepto emitido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República¹, que en lo pertinente, señaló:

Ante todo es importante tener en cuenta lo establecido en el Decreto-Ley 268 de 2000 respecto de la vacancia temporal de los empleos y sobre la pérdida de los derechos de carrera:

Artículo 14. PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL. *Los empleos de carrera, cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos, sólo podrán ser provistos en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones.*

Artículo 43. PERDIDA DE LOS DERECHOS DE CARRERA. *El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior conlleva el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en caso de modificación de la planta de personal en los términos del presente decreto.*

De igual manera, se producirá el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de carrera sin previo concurso o de libre nombramiento y remoción o de periodo fijo sin haber sido previamente comisionado para el efecto.

El artículo 94 de la Resolución Reglamentaria 043 de 2006 contempló la situación descrita, al posibilitar el regreso del funcionario que habiendo ascendido en virtud de concurso de méritos al interior de la entidad, no hubiese superado el periodo de prueba correspondiente, pero no la hizo extensiva a (sic) cuando se tratase

¹ Cfr fls 111 y 112.

de una situación en la cual el ascenso se diere en un empleo a ser provisto en otra entidad estatal. Sobre el particular, se dispuso lo siguiente:

Artículo 94. DERECHOS DE CARRERA. *En firme la calificación en periodo de prueba, si fuere satisfactoria determinará la permanencia del empleado en el cargo para el cual fue nombrado, adquirirá los derechos de carrera administrativa y será inscrito en el registro público. En caso de no ser satisfactoria causará el retiro del empleado de la entidad mediante la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en la forma prevista en el artículo 28 del Decreto Ley 268 de 2000.*

PARÁGRAFO. *Cuando se trate de un empleado con derechos de carrera administrativa la evaluación no satisfactoria causará su regreso al cargo anterior.*

Nótese como en ninguna de las normas transcritas se contempla la posibilidad de retornar al empleo anterior si se produjere una calificación insatisfactoria del periodo de prueba cuando quiera que el funcionario esté cumpliendo periodo de prueba en otra entidad estatal. Por el contrario, la lectura sistemática de las normas, nos lleva a considerar que en aplicación del artículo 43 ya citado, el retiro del servicio aparejaría la pérdida de los derechos de carrera administrativa con la consecuente imposibilidad de guardar el cargo a quien ha renunciado a prestar sus servicios para este ente de control para tomar posesión en otra entidad estatal.

Toda vez que dentro de la normatividad que rige el sistema de Carrera Administrativa Especial de la entidad no se encuentra sustento para respaldar la figura de la vacancia temporal en los términos propuestos por los peticionarios, no puede este Despacho conceptual favorablemente en el sentido de otorgar viabilidad a la conservación de los derechos de carrera para ser nombrado y cumplir en periodo de prueba en otra entidad estatal que se rija sea (sic) por las disposiciones generales o específicas de carrera.

En ese orden, la normatividad especial que rige el sistema de carrera de la Contraloría General solo permite al funcionario separarse de su cargo, para ocupar otros temporalmente, y no de manera definitiva, al tiempo que, el regreso de un funcionario al cargo anterior en carrera administrativa, se contempla en caso de no superarse el periodo de prueba en un concurso de méritos al interior de la misma entidad.

De esa manera, la Sala encuentra que los argumentos de la funcionaria de la Contraloría, para oponerse a la prosperidad de la tutela, están respaldados en la interpretación razonable de las normas que regulan el sistema de carrera de la entidad, pues al señalar que la única forma en que los funcionarios de la entidad pueden separarse de su cargo para desempeñar otro en otra entidad del Estado, es la comisión para ocupar uno de libre nombramiento y remoción o de periodo.

Se apoya también en lo dispuesto en el artículo 21-4 numeral 4.3² de la Resolución Reglamentaria 050 de 2007, Estatuto de Personal, situación que no se vislumbra en este caso, toda vez que el accionante pretende una declaratoria de vacancia temporal, con el fin de prestar sus servicios a otra entidad, Ministerio de la Protección Social, por haber superado el concurso de méritos para el cargo de Asesor grado 09.

² Cfr fl 103 C.O.

En ese mismo contexto, también es consecuente que las disposiciones generales de la Ley 909 de 2004 solo se pueden aplicar de manera supletoria, en caso de vacíos en el régimen de Carrera Especial de la Contraloría General, el cual, sencillamente no consagró para sus funcionarios la figura de la vacancia temporal, para los fines aludidos por el actor, sin que ello implique un vacío que deba ser llenado con las normas de la Ley 909.

Nótese al respecto, que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en su concepto, es categórica al sostener que *“las reglas del Sistema General son aplicables en los asuntos no previstos en los regimenes especiales o específicos”*³, como es el caso de la Contraloría General de la República.

2. Sería contrario al carácter residual o subsidiario de la acción constitucional, cuyo objetivo es la protección de derechos fundamentales, que en el marco de este trámite breve y sumario, proceda a hacer declaraciones que solo competen a las autoridades administrativas, en este caso, el Consejo Superior de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República, que tiene entre sus funciones *“Absolver, cuando no le corresponda hacerlo al Consejo de Estado, en su calidad de autoridad doctrinal en carrera administrativa, las consultas que se le formulen y dirimir los conflictos que se presenten en la interpretación y aplicación de las normas que regulen el sistema de carrera de la Contraloría General de la República, caso en el cual se preferirán las normas del presente*

³ Cfr fl 47.

decreto y sus complementarias” (artículo 8° num.6° Decreto Ley 268 de 2000)⁴.

En ese sentido, no se encuentra probado que alguna de las garantías invocadas por el accionante haya sido vulnerada, pues nada le impide que ocupe su cargo en el Ministerio de la Protección Social y, en cuanto al derecho a la igualdad que predica en relación con la tutela concedida al señor Eider Orlando Bolaños Hoyos, basta con señalar que la revocatoria de esa decisión, descarta de tajo la vulneración de tal garantía e impide realizar juicio de igualdad al no existir parámetro de comparación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N° 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Confirmar el fallo impugnado.

Segundo. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de las providencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁴ Cfr fl 82.

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Teresa Ruiz Núñez
Secretaria