

CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION – Regulación legal / CONCURSO DE MERITOS DEL AÑO 1994 PARA INGRESO A LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION – Unidades Locales. Otorga derechos de carrera. No da lugar a proveer cargos en provisionalidad. Antecedente jurisprudencial

Se destaca que la sentencia cuyo desconocimiento invoca el accionante, esto es, el fallo de 2 de septiembre de 2003 proferido por la Sala Plena de esta Corporación, que resolvió el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia de 23 de septiembre de 1999 proferida por la Sección Segunda, Subsección B, que resolvió infirmarla, fue dejado sin efectos por la Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-170 de 2006, al considerar que la falta de motivación del acto de insubsistencia proferido contra el peticionario violó sus derechos al debido proceso, al igualdad y al trabajo, hecho por el cual no consideró necesario la Corte estudiar la pertinencia de la designación en propiedad o en provisionalidad. Esta tesis fue reforzada en las sentencias de Sala Plena de esta Sección del 12 de febrero de 2009 y 25 de febrero de 2010, en las que se determinó que la Fiscalía no tenía la facultad de modificar las etapas establecidas en el Decreto 2699 de 1991 sobre el concurso de méritos, y que si los participantes concursaron para un cargo de carrera administrativa y quedaron seleccionados con fundamento en el mérito, la consecuencia necesaria era que fueran nombrados en período de prueba y que fueran calificados para adquirir el estatus de empleados de carrera, de manera que la realización de los nombramientos en provisionalidad de quienes superaron el concurso desconocía la normatividad superior

NOTA DE RELATORIA: Sobre el concurso de méritos del año 1994 para ingreso a carrera en la Fiscalía General de la Nación y los efectos en relación con los funcionarios que participaron, ver sentencia de 23 de septiembre de 1999, Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad. 602-99, M.P., Javier Díaz Bueno; de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 2 de septiembre de 2003, Rad. 531, M.P., Manuel Santiago Urueta Ayola; sentencia de 25 de febrero de 2010, Sala Plena de la Sección Segunda, Rad. 1148-08, MP. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Corte Constitucional sentencia de 2006, Rad T-170, MP. Alvaro Tafur Vargas

FUENTE FORMAL: DECRETO 2699 DE 1991 / DECRETO 261 DE 2000 / LEY 938 DE 2004

INSCRIPCION EN CARRERA ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES QUE PARTICIPARON EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DEL AÑO DE 1994 EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION – Unidades locales de Fiscalía . Calidad de servidor vinculado a la entidad a febrero 14 de 2007. Derecho a la igualdad. Principio de mérito. Principio de acceso a los cargos públicos

En el caso bajo estudio, observa la Sala que en uno de los apartes demandados del Acta No. 060 de 14 de febrero de 2007, al precisar el alcance del Acta No. 017 de 2000 se establece que los destinatarios del derecho a inscripción en el Registro Único de Inscripción en carrera son los servidores que lo soliciten, a este respecto se observa que el término servidores significa que solamente quienes estuvieran

en ese momento nombrados en la Fiscalía podían acceder al citado beneficio. Frente a esta diferenciación establecida en el Acta No. 060 de 2007 considera la Sala que la causa eficiente del nacimiento de los derechos de carrera de administrativa es la superación del concurso de méritos y así lo establece el inciso tercero del artículo 125 de la Constitución Política cuando dispone “El ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”. De igual manera la Ley 938 de 2004 establece en el título VI que los derechos de carrera administrativa se generan por la superación del concurso de méritos. En este orden de ideas la Comisión al establecer como condición que el participante que superó el concurso de méritos para ser inscrito en carrera administrativa tiene que ser un servidor, está imponiendo un requisito no previsto constitucionalmente, ni en la ley, adicionalmente es un parámetro que no está relacionado con el mérito e implica un trato preferente injustificado frente a quienes superaron el concurso de méritos en igualdad de condiciones pero no eran servidores al momento de la expedición del Acta No. 060 de 2007. Así, el privilegio que concede la citada acta a los servidores representa una barrera ilegítima a la luz de la Constitución Política y la Ley y desconoce como acertadamente lo manifestó el actor en la demanda, el principio del mérito, los derechos a la igualdad y al acceso a los cargos públicos

NORMA DEMANDADA: ACTA 17 DE 2000 ((9 DE MAYO) COMISION NACIONAL DE CARRERA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION (NO NULO) / ACTA 60 DE 2007 (14 DE FEBRERO) NUMERAL 2 SUBNUMERAL 1 COMISION NACIONAL DE CARRERA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION (NULO)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 25 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 253 / LEY 938 DE 2004

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., primero (1) de noviembre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00103-00(1966-07)

Actor: LUIS FERNANDO ZAMBRANO VALLEJO

Demandado: COMISION NACIONAL DE ADMINISTRACION DE LA CARRERA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES
SIMPLE NULIDAD

Procede la Sala a dictar sentencia en la acción pública de simple nulidad ejercida por el ciudadano Luis Fernando Zambrano Vallejo, quien solicitó la nulidad parcial de las Actas Nos. 17 de 9 de mayo de 2000 y 60 de 14 de febrero de 2007, proferidas por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación.

ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Luis Fernando Zambrano Vallejo en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda la nulidad de los siguientes apartes de las Actas Nos. 17 y 60 de 2007:

ACTA 017 DE MAYO DE 2000

“5. SITUACIÓN FRENTE A LA CARRERA DE LOS SERVIDORES QUE PARTICIPARON EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DEL AÑO 1994, PARA PROVEER CARGOS DE LAS UNIDADES LOCALES DE FISCALIA.

Para evaluar este punto el doctor Jaime Córdoba da a conocer la posición a la que ha llegado la administración:

El proceso de selección para proveer cargos en las Unidades Locales de Fiscalía realizado en el año 1994, se trató efectivamente de un concurso y en virtud de ello, quienes participaron y aprobaron el concurso con la plenitud de los requisitos exigidos mediante convocatoria de ese momento, podrán solicitar a la Comisión que evalúe su situación particular frente al escalafón de carrera, adjuntando los documentos que acrediten lo relacionado con dicho proceso.

Así mismo, la comisión será el organismo que se encarga de examinar, constatar y decidir en cada caso particular sobre la inscripción en el escalafón de carrera del solicitante, de acuerdo con los criterios que se establezcan en su interior.

Tal decisión se acordó divulgarla mediante comunicación interna de la entidad, sugiriéndose para ello el Flash informativo emitido por la Oficina de prensa”

ACTA 060 DE FEBRERO DE 2007

(...)

2. Evaluación del proceso de selección adelantado por la Fiscalía General de la Nación en 1994 para proveer los cargos de las unidades locales de la fiscalía.

El presidente expresó que el tema se ha estudiado suficientemente y que la administración tiene una propuesta para la Comisión Nacional de Administración de la Carrera y procedió a dar lectura a la misma en los siguientes términos:

“Los delegados de la entidad a la Comisión Nacional de Administración de la Carrera –CNAC- en relación con el proceso de selección llevado a cabo por la Fiscalía General de la Nación en 1994, deja a consideración de los demás miembros de la Comisión la siguiente propuesta:

Luego de evaluados los antecedentes de este proceso, se decidió acatar y proceder a interpretar la decisión adoptada en la sesión correspondiente al Acta 17 de 2000, mediante la cual la Comisión Nacional de Administración de la Carrera manifestó:

“El proceso de selección para proveer cargos en las unidades locales de Fiscalía realizado en el año 1994 se trató efectivamente de un concurso y en virtud de ello, quienes participaron y aprobaron el concurso con plenitud de los requisitos exigidos mediante convocatoria de ese momento, para solicitar a la comisión se evalúe su situación particular frente al escalafón de la carrera adjuntando los documentos que acrediten lo relacionado con dicho proceso.

Así mismo, la comisión será el organismo que se encarga de examinar, constatar y decidir en cada caso particular sobre la inscripción en el escalafón de carrera del solicitante, de acuerdo con los criterios que se establezcan en su interior.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, y con el fin de dar cumplimiento al acta 17 de 2000, es necesario precisar su alcance, fundados en los siguientes presupuestos:

- 1. Destinatarios.** Se les reconocerá el derecho de inscripción en el Registro Único de Inscripción en Carrera –RUIC- a los servidores que así lo soliciten dentro del término previsto para tal efecto, hayan cumplido satisfactoriamente todas las etapas previstas en la convocatoria nacional efectuada en el mes de enero de 1994 y no estén incurso en algunas de las causales fijadas por esta Comisión.

(...)

A instancia de los comentarios que este procedimiento suscitó al interior de la comisión, sus miembros de manera unánime aprobaron: (i) la publicación de la información en un periódico de circulación masiva; (ii) aumentar el período de presentación de las solicitudes a treinta (30) días calendario después de la publicación; y (iii) difundir la información en la revista Huellas y en la web”.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citan como vulneradas las normas siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 13, 40 numeral 7, 86 y 125.

Del Decreto 2699 de 1991, los artículos 20 numeral 4, 67, 68, 69, 71, 72, 73 y 100.

De la Ley 938 de 2004, los artículos 11 numerales 20 y 21, 25 numerales 2, 10, 12 y 13, 47, 48, 49, 51, 52, 56, 58 y 60 a 70.

Como argumentos centrales de la pretensión de nulidad refiere el actor que:

En las actas demandadas se inscribe en carrera administrativa de la Fiscalía General de la Nación a quienes participaron en el examen convocado en enero de 1994, que según la Sala Plena del Consejo de Estado, en la sentencia de 2 de septiembre de 2003, magistrado ponente Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, no fue un concurso público y abierto de méritos.

En enero de 1994, la Fiscalía General de la Nación mediante una convocatoria ofertó los cargos de las Unidades Locales, para cuyo desarrollo la Dirección Nacional Administrativa y Financiera publicó un instructivo que señaló los cargos a proveer, los requisitos de inscripción y las etapas de selección, en este manual se indicó:

“Nota: El proceso de selección que se adelantará para la provisión de estos cargos responde a un propósito de vincular a través de la evaluación de los méritos en igualdad de oportunidades, **pero debe advertirse que no es parte integral de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación.** Por tal razón la entidad no adquiere compromiso legal con quienes resulten aprobados en este concurso.”.

En este proceso de selección se surtieron las etapas de convocatoria, inscripción, análisis de la hoja de vida, prueba de conocimientos específicos, entrevista y aprobación de la lista de aprobados y posteriormente se efectuaron los nombramientos en provisionalidad y no en período de prueba.

El Consejo de Estado consideró, en la sentencia de 2 de septiembre de 2003, magistrado ponente Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, que este proceso de selección no fue un concurso público y abierto de méritos, así:

“(…)no corresponden a las del concurso realizado, toda vez que faltó la del período de prueba, pues en lugar del nombramiento en período de prueba se hizo en provisionalidad, pues no existía reglamentación, de manera que ello no dependía de la voluntad del nominador. Por ese motivo, el nombramiento en provisionalidad no corresponde al que resulta de un concurso de mérito en los términos de la regulación específica de la carrera respectiva. Al respecto, el ad quem dedujo de esa circunstancia una consecuencia distinta de la que le corresponde a la luz de esa norma, toda vez que en lugar de concluir que la ausencia de la etapa en comento apuntaba a la no aplicación de la norma, pues no aparecía estructurado un verdadero concurso, dedujo que “aun cuando la Entidad demandada realizó el nombramiento en provisionalidad, lo cierto es que lo amparaban (refiriéndose al actor) las prerrogativas que otorga el status de carrera”.

Tampoco se adecua la aplicación de los artículos 69 y 71 a la realidad procesal, por cuanto no hubo la convocatoria de conformidad con “el reglamento que expida la Comisión Nacional de Administración de Personal”, según lo prevé el primer artículo para la convocatoria y el segundo para el proceso de selección, pues dicho reglamento aún no existía, de allí que la convocatoria no era la prevista en el artículo 69 en cita, el cual, por su falta de reglamentación, no era aplicable a pesar de que había sido expedida la correspondiente ley, luego no era formalmente posible que se adelantara el concurso de mérito establecido por las citadas normas y las del mismo decreto que le eran concordantes.

Ello explica que la convocatoria en donde participó el accionante hubiera tenido el carácter de provisional y que, en consecuencia, los nombramientos que se hicieran con base en ella lo fueran también en esa misma situación, procedimiento que a su vez encuentra justificación en la urgente necesidad del servicio nacida de la puesta en funcionamiento casi inmediata a su creación de una institución nueva y que por lo mismo requería de dotación e instrumentación también inmediata.

A lo anterior, y como indicativo de la provisionalidad y premura de esa actuación, se agrega que en el instructivo no se estableció que los nombramientos se hicieran de una lista conformada por los cinco primeros candidatos calificados que aprobaran el concurso, como se prevé en el inciso final del artículo 71 en comento, sino que para ello se conformaría una lista de aprobados, quienes serían los que obtuvieran un puntaje igual o mayor a 50 y que los integrantes de la misma “podrían ser nombrados en cualquier parte del país y la no aceptación generará su exclusión de la lista de candidatos a considerar para los nombramientos.”

Así las cosas, cabe concluir que el procedimiento señalado en la norma no fue utilizado por la recurrente para seleccionar y vincular al actor en el cargo cuyo nombramiento le fue declarado insubsistente, pues no consistió en un concurso para ingresar a la carrera del servicio en esa entidad, sino en un procedimiento informal que por las circunstancias prácticas se adoptó para proveer provisionalmente determinados cargos de carrera, mientras ésta podía ser puesta en funcionamiento en virtud de su reglamentación por la autoridad prevista en las normas legales que la regulaban. Asimismo, que el nombramiento en provisionalidad no aparece como una decisión caprichosa e ilegal sino como adecuada a esas circunstancias.

Sea esta la ocasión para precisar que no todo proceso de selección mediante elementos objetivos y subjetivos de valoración origina estabilidad o status de carrera en un determinado cargo, puesto que la consideración del mérito no es incompatible con la facultad de libre nombramiento y remoción o de designación en cargos de período, ya que el nominador en ejercicio de esa facultad precisamente puede optar por ese mecanismo si a bien lo tiene, y si el mismo es una forma de propender por el mejoramiento del servicio.

Tampoco sería incompatible con la designación en provisionalidad, y por tanto temporal, en cargos de carrera si circunstancias especiales y objetivas lo justifican como es el caso de las aquí examinadas, consistentes en la falta de desarrollo normativo del procedimiento respectivo y se trata de un servicio o función que no se puede dejar de prestar o cumplir.

De otra parte, la Administración fue suficientemente clara sobre los términos y los efectos de la convocatoria, de suerte que no dio lugar a que los aspirantes se llamaran a engaño y que, por el contrario, se presume que quienes participaron en ella lo hicieron con pleno conocimiento de las condiciones de la misma.

IV. 2. 6. Conclusión

Por consiguiente, el ad quem al darle a ese procedimiento una consecuencia distinta a aquélla, no obstante que no se encuadra en las normas que aplicó para el efecto, violó éstas de manera directa por indebida aplicación, de donde habrá que declarar la prosperidad del cargo en lo que concierne a tales normas, esto es, los artículos 68, 69 y 71 del Decreto 2699 de 1991, así como el segundo cargo en cuanto al artículo 125 de la Constitución Política, invocado en el primer cargo, por cuanto la situación descrita no corresponde a lo previsto en el inciso tercero de esa norma para considerar que el ingreso del actor al cargo en cuestión se hizo "previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes".

Lo anterior es suficiente para infirmar la sentencia suplicada y para que la Sala se erija en juez de instancia a fin de asumir el conocimiento del recurso de apelación, de modo que se torna irrelevante el estudio de las demás acusaciones formuladas en el presente recurso extraordinario de súplica."

La inclusión en el sistema de carrera de quienes participaron y aprobaron el examen de enero de 1994 desconoce el derecho a la igualdad, previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, que señala que todas las personas gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, porque "muchas personas se abstuvieron de el presentar el aludido examen pues no estaban en una vinculación apenas precaria esperando como debía hacerse en forma legal y constitucional, el concurso público abierto de méritos para conformar las listas de elegibles para período de prueba y luego inscripción en carrera." (Fl. 59)

Los actos demandados desconocen los artículos 40 numeral 7 y 125 de la Constitución Política porque se impide el ejercicio control político de los

ciudadanos que se concreta en el derecho a acceder a los cargos de carrera a través de los concursos públicos.

El concurso público y abierto de méritos es la única forma de ingresar al sistema de carrera administrativa, pues como lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-266 de 2002 “excluir ciudadanos no inscritos en carrera de la Procuraduría General de la Nación constituye una medida irrazonable, contraria al sistema de ingreso, permanencia y ascenso a los cargos públicos cuyo fundamento son la calidad y el mérito de los aspirantes (art. 125 C.P.). Tal exclusión vulnera además el derecho político fundamental a acceder a cargos públicos (art. 140 num. 7 C.P.) en igualdad de oportunidades (art. 13 C.P.).

Los actos demandados cuya nulidad se pretende, establecen un sistema de ingreso automático a la carrera administrativa especial de la Fiscalía General de la Nación, en desconocimiento de la Constitución Política y la jurisprudencia que indican que la única forma de ingreso a aquélla es mediante el concurso público y abierto de méritos.

Los actos censurados también vulneran el derecho a la igualdad porque conceden privilegios excesivos a quienes ya se encontraban vinculados como provisionales en la Fiscalía General de la Nación, “en perjuicio de la gran masa de posibles y eventuales concursantes que no pueden acceder precisamente por falta de la convocatoria pública y abierta de méritos” (Fl. 60), lo que configura un trato preferente injustificado a favor de un grupo de personas.

Según la sentencia SU-089 de 1999 “salvo los casos expresamente definidos por el legislador o por la propia Carta, cuando alguien aspire a desempeñar un cargo al servicio del Estado, debe concursar; que los resultados del concurso son determinantes para los fines del nombramiento; que, por supuesto, la calificación obtenida dentro de aquél obliga al nominador”.

En conclusión, a través de un examen escrito que no cumplió los requisitos de una convocatoria pública y abierta de méritos, los actos demandados permiten la inscripción en carrera administrativa a un grupo de funcionarios nombrados en provisionalidad, lo cual infringe la Constitución Política.

2. Suspensión provisional

En un acápite de la demanda se solicitó la suspensión provisional de los apartes demandados de las Actas 17 de 9 de mayo de 2000 y 60 de 14 de febrero de 2007, petición que fue negada por la Sala mediante auto de 19 de junio de 2008, porque el actor en la solicitud no señaló expresamente las normas de orden superior que estimaba quebrantadas (Fls. 67 a 70).

3. Contestación a la demanda.

En defensa de los actos demandados la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de contestación manifestando que (Fls. 173 a 177):

- La Fiscalía General de la Nación en el año 1994 adelantó un proceso de selección de personal que inició con la publicación del aviso de prensa de la convocatoria en diarios de circulación nacional para proveer los cargos de Fiscal Local, Profesional Universitario, Secretario Judicial I y Auxiliar Judicial Local, denominación de los cargos con anterioridad a la expedición de la Ley 938 de 2004. En dicho proceso de selección se realizaron las etapas de análisis de hoja de vida, prueba de conocimientos específicos y entrevista.

- La Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía General de la Nación desde el año 2000 estimó que era procedente otorgar derechos de carrera derivados de un concurso de méritos, porque el proceso de selección adelantado por la Fiscalía en el año 1994 se ajustó a los parámetros señalados en la ley; y el reconocimiento de estos derechos se condicionó a que se los participantes hubieran adelantado todo el proceso, sin consideración especial a quienes estuvieran vinculados con la entidad.

- La sentencia de 2 de septiembre de 2003 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado a que hace referencia el accionante, en la que se concluyó que el proceso de selección realizado por la Fiscalía en el año 1994, no era un concurso de méritos, "fue sacada del mundo jurídico, toda vez que la H. Corte Constitucional en Sentencia T-170 de 2006, en su parte resolutive la dejó sin efectos, declarando ejecutoriada la proferida por la Sección Segunda de esa misma Corporación, en donde se le reconocieron al actor derechos de carrera derivados de su participación en el proceso de selección adelantado desde el año 1994." (Fl. 175)

- De todo el proceso de selección realizado sólo faltaba la formalización de la inscripción en el registro de carrera administrativa, razón por la cual la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía General de la Nación estudió y aprobó dicho registro en el Acta No. 017 de 2000, a la que no se le había dado cumplimiento, sólo hasta la nueva orden contenida en el Acta 060 de 2007.

- El Consejo de Estado estudió el proceso de selección adelantado por la Fiscalía General de la Nación y concluyó que se trataba de un concurso de méritos que otorgaba derechos de carrera, de modo que la CNAC debía ordenar la inscripción en carrera administrativa de quienes hubieran cumplido con todas las etapas de selección, previo estudio de cada caso en particular.

- No se puede afirmar que la convocatoria fue cerrada porque ésta fue publicada en un diario de circulación nacional, de manera que más de 28.000 personas se inscribieron.

- Finalmente propuso la excepción de inepta demanda porque el actor no precisó una pretensión en concreto respecto de las Actas Nos. 17 de 2000 y 60 de 2007, esto en desconocimiento de lo ordenado por el numeral 2 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La Fiscalía General de la Nación mediante escrito visible a folios 216 a 217 del expediente reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicita que se decrete la nulidad de los actos acusados al considerar que (Fls. 202 a 207):

- En el expediente obra la copia del instructivo para aspirantes a cargos de las unidades locales de la Fiscalía dentro del proceso de selección del año 1994, en el que se señaló que la provisión de esos cargos en la entidad no hacía parte integral de la carrera de la referida entidad. Pues el propósito de la entidad demandada en ese proceso no era darle el estatus de funcionarios de carrera administrativa a quienes aprobaran dicho concurso
- La intención de la entidad era seleccionar a los aspirantes mediante un mecanismo idóneo, sin otorgar derechos de carrera, ya que la entidad no estaba en condiciones de aplicar el sistema de carrera, de lo que se concluye que el proceso de selección realizado en el año 1994 no tenía la vocación de un concurso de méritos para ingresar a la carrera administrativa de la Fiscalía General de la Nación.

- La sentencia del 2 de septiembre de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado indicó sobre el proceso de selección de la Fiscalía en el año 1994 que:

“Es así como las etapas previstas en el artículo 68 no corresponden a las del concurso realizado, toda vez que faltó la del período de prueba, pues en lugar del nombramiento en período de prueba se hizo en provisionalidad, pues no existía reglamentación, de manera que ello no dependía de la voluntad del nominador. Por ese motivo, el nombramiento en provisionalidad no corresponde al que resulta de un concurso de mérito en los términos de la regulación específica de la carrera respectiva. Al respecto, el ad quem dedujo de esa circunstancia una consecuencia distinta de la que le corresponde a la luz de esa norma, toda vez que en lugar de concluir que la ausencia de la etapa en comento apuntaba a la no aplicación de la norma, pues no aparecía estructurado un verdadero concurso, dedujo que “aun cuando la Entidad demandada realizó el nombramiento en provisionalidad, lo cierto es que lo amparaban (refiriéndose al actor) las prerrogativas que otorga el status de carrera”. (...)

Así las cosas, cabe concluir que el procedimiento señalado en la norma no fue utilizado por la recurrente para seleccionar y vincular al actor en el cargo cuyo nombramiento le fue declarado insubsistente, pues no consistió en un concurso para ingresar a la carrera del servicio en esa entidad, sino en un procedimiento informal que por las circunstancias prácticas se adoptó para proveer provisionalmente determinados cargos de carrera, mientras ésta podía ser puesta en funcionamiento en virtud de su reglamentación por la autoridad prevista en las normas legales que la regulaban. Asimismo, que el nombramiento en provisionalidad no aparece como una decisión caprichosa e ilegal sino como adecuada a esas circunstancias.

Sea esta la ocasión para precisar que no todo proceso de selección mediante elementos objetivos y subjetivos de valoración origina estabilidad o status de carrera en un determinado cargo, puesto que la consideración del mérito no es incompatible con la facultad de libre nombramiento y remoción o de designación en cargos de período, ya que el nominador en ejercicio de esa facultad precisamente puede optar por ese mecanismo si a bien lo tiene, y si el mismo es una forma de propender por el mejoramiento del servicio.”

- El sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación está regulado por los artículos 65 y siguientes del Decreto 2699 de 1991, normas de cuya lectura se establece que “uno es el sistema de carrera de la Fiscalía General , regulado en los artículos transcritos y otro diferente, el utilizado por la entidad demandada, mediante el llamado: INSTRUCTIVO PARA ASPIRANTES A CARGOS DE LAS UNIDADES LOCALES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, CONVOCTORIA 1994. Como se vio, este último no llevaba inherentes las consecuencias propias de los

derechos de carrera, por expresa disposición de la misma entidad acusada.” (Fl. 206)

- La Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, al expedir los actos acusados violó las normas señaladas por el actor, toda vez que la citada convocatoria de 1994, fue un proceso de selección que no generaba derechos de carrera para los participantes, por expresa disposición de la entidad, por ello las actas acusadas son nulas, en cuanto dispusieron que quienes participaron en el citado concurso, podía pedir que se evaluara su situación particular frente al escalafón de carrera.
- En el procedimiento de selección seguido en el año 1994 se fijaron unas reglas que no pueden ser alteradas posteriormente por la interpretación de la comisión de carrera de la entidad, porque esta actuación vulnera los principios constitucionales de igualdad, publicidad e imparcialidad, en tanto:
 - o i) La entidad no brindó a todos la oportunidad de participar en el concurso, para que lo hicieran en igualdad de condiciones, porque en ese proceso de selección se advirtió que no daba derechos de carrera, de modo que se excluyó a quienes no estaban interesados en otro tipo de vinculación.
 - o ii) Si bien en un principio en el proceso de selección de 1994, la entidad advirtió que éste no tenía por objeto proveer los cargos dentro del sistema de carrera, después estableció lo contrario mediante las actas demandadas, con lo que se configura una modificación de esa regla, favoreciendo a quienes no habían concursado para cargos de carrera, sino para ser designados en provisionalidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión previa

La entidad accionada en la contestación de la demanda propuso la excepción de inepta demanda al considerar que el actor no precisó una pretensión en concreto respecto de las Actas Nos. 17 de 2000 y 60 de 2007, en desconocimiento de lo ordenado por el numeral 2 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

A este respecto observa la Sala que en la demanda si bien no hay un acápite cuyo título se denomine pretensiones, del texto de la misma se observa que en el numeral 2 se encuentra el título las normas acusadas de nulidad, por ende, es claro que sí se formuló la pretensión de nulidad como lo ordena el artículo que invoca la entidad accionada.

En este orden de ideas esta excepción no tiene vocación de prosperidad.

1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si las Actas Nos. 17 de 9 de mayo de 2000 y 60 de 14 de febrero de 2007 proferidas por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera mediante las cuales se estableció que el proceso de selección realizado por la Fiscalía General de la Nación, se trató efectivamente de un concurso de méritos que genera derechos de carrera administrativa, son nulas por desconocer las normas en que debía fundarse, esto es: i) los fundamentos de derecho de la sentencia de Sala Plena del 23 de septiembre de 1999 y ii) el principio del mérito, los derechos a la igualdad y a acceder a cargos públicos.

2. Actos demandados

ACTA 017 DE MAYO DE 2000

“5. SITUACIÓN FRENTE A LA CARRERA DE LOS SERVIDORES QUE PARTICIPARON EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DEL AÑO 1994, PARA PROVEER CARGOS DE LAS UNIDADES LOCALES DE FISCALIA.

Para evaluar este punto el doctor Jaime Córdoba da a conocer la posición a la que ha llegado la administración:

El proceso de selección para proveer cargos en las Unidades Locales de Fiscalía realizado en el año 1994, se trató efectivamente de un concurso y en virtud de ello, quienes participaron y aprobaron el concurso con la plenitud de los requisitos exigidos mediante convocatoria de ese momento, podrán solicitar a la Comisión que evalúe su situación particular frente al escalafón de carrera, adjuntando los documentos que acrediten lo relacionado con dicho proceso.

Así mismo, la comisión será el organismo que se encarga de examinar, constatar y decidir en cada caso particular sobre la inscripción en el escalafón de carrera del solicitante, de acuerdo con los criterios que se establezcan en su interior.

Tal decisión se acordó divulgarla mediante comunicación interna de la entidad, sugiriéndose para ello el Flash informativo emitido por la Oficina de prensa”

ACTA 060 DE FEBRERO DE 2007

“(…)

2. Evaluación del proceso de selección adelantado por la Fiscalía General de la Nación en 1994 para proveer los cargos de las unidades locales de la fiscalía.

El presidente expresó que el tema se ha estudiado suficientemente y que la administración tiene una propuesta para la Comisión Nacional de Administración de la Carrera y procedió a dar lectura a la misma en los siguientes términos:

“Los delegados de la entidad a la Comisión Nacional de Administración de la Carrera –CNAC- en relación con el proceso de selección llevado a cabo por la Fiscalía General de la Nación en 1994, deja a consideración de los demás miembros de la Comisión la siguiente propuesta:

Luego de evaluados los antecedentes de este proceso, se decidió acatar y proceder a interpretar la decisión adoptada en la sesión correspondiente al Acta 17 de 2000, mediante la cual la Comisión Nacional de Administración de la Carrera manifestó:

“El proceso de selección para proveer cargos en las unidades locales de Fiscalía realizado en el año 1994 se trató efectivamente de un concurso y en virtud de ello, quienes participaron y aprobaron el concurso con plenitud de los requisitos exigidos mediante convocatoria de ese momento, para solicitar a la comisión se evalúe su situación particular frente al escalafón de la carrera adjuntando los documentos que acrediten lo relacionado con dicho proceso.

Así mismo, la comisión será el organismo que se encarga de examinar, constatar y decidir en cada caso particular sobre la inscripción en el escalafón de carrera del solicitante, de acuerdo con los criterios que se establezcan en su interior.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, y con el fin de dar cumplimiento al acta 17 de 2000, es necesario precisar su alcance, fundados en los siguientes presupuestos:

1. Destinatarios. Se les reconocerá el derecho de inscripción en el Registro Único de Inscripción en Carrera –RUIC- a los servidores que así lo soliciten dentro del término previsto para tal efecto, hayan cumplido satisfactoriamente todas las etapas previstas en la convocatoria nacional efectuada en el mes de enero de 1994 y no estén incurso en algunas de las causales fijadas por esta Comisión.

(...)

A instancia de los comentarios que este procedimiento suscitó al interior de la comisión, sus miembros de manera unánime aprobaron: (i) la publicación de la información en un periódico de circulación masiva; (ii) aumentar el período de presentación de las solicitudes a treinta (30) días calendario después de la publicación; y (iii) difundir la información en la revista Huellas y en la web”.

3. Marco normativo y jurisprudencial

El régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación

La Constitución Política señala en el artículo 249 que la Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial, tiene autonomía administrativa y presupuestal, de otro lado el artículo 253 indica que la ley determinará su estructura, funcionamiento, el ingreso por carrera y el retiro del servicio, a este respecto la Corte Constitucional ha considerado que:

“respecto del máximo ente de investigación criminal, le corresponderá a la ley ordinaria desarrollar los temas concernientes con su estructura y funcionamiento, en lo relacionado con (i.) la asignación de la planta de personal que corresponda, (ii.) su variación en los casos en que resulte necesario y (iii.) la fijación del manual de requisitos y funciones de cada uno de sus empleos¹. Esta facultad se precisa aún más en el caso del régimen de ingreso, permanencia y desvinculación (carrera administrativa)”.²

En consonancia con lo anterior la Ley Estatutaria de Administración de Justicia reconoce a la Fiscalía General de la Nación autonomía administrativa y presupuestal³, faculta a ley para que determine su estructura y funcionamiento, y se autoriza al Fiscal General⁴ para que desarrolle dicha estructura con sujeción a la ley.

¹ Cfr. Artículo 30 de la Ley 270 de 1996.

² Sentencia C-670 de 2001

³ “ARTÍCULO 28. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA Y PRESUPUESTAL. La Fiscalía General de la Nación hace parte de la Rama Judicial y tiene autonomía administrativa y presupuestal, sin perjuicio del control fiscal ejercido por el Contralor General de la Nación.”

⁴ “ARTÍCULO 30. ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Corresponde a la Ley determinar la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación. El Fiscal General desarrollará dicha estructura con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley. En desarrollo de tal facultad, asignará la planta de personal que corresponda a cada dependencia, podrá variarla cuando lo considere necesario y establecerá el manual de requisitos y funciones de cada uno de los empleos.

En ejercicio de estas atribuciones, el Fiscal General no podrá crear, con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones.”

De igual manera el artículo 159⁵ prevé que la Fiscalía tendrá su propio régimen autónomo de carrera sujeto a los principios del concurso de méritos orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman. Esta norma fue objeto de control constitucional en la sentencia C-037 de 1996 en la que se consideró:

“De conformidad con lo previsto en el artículo 253 de la Carta, el legislador, teniendo en consideración la autonomía presupuestal y administrativa de la que goza la Fiscalía General de la Nación (Art. 249 C.P.), deberá regular los aspectos relativos a la estructura, el funcionamiento, el ingreso por carrera y el retiro del servicio en esa entidad del Estado. Dentro de ese orden de ideas, y según lo señalado en esta providencia, conviene recordar que los artículos 125 y 150-23 constitucionales le confieren plena independencia al legislador para definir las características y el alcance del sistema de carrera, para lo cual puede incluso prescribir que una determinada institución se someterá a un régimen especial que él mismo defina”⁶.

Sobre el régimen especial de carrera de la Fiscalía General de la Nación, la Corte Constitucional en la sentencia C-1546⁷ de 2000 estableció que conforme a lo dispuesto en los artículos 125 y 253 de la CP, la carrera es el principal sistema para acceder a un cargo en la citada entidad, y que si bien es diferente de la carrera administrativa general debe regirse por los principios del mérito y la igualdad de oportunidades.

En cuanto a la normatividad sobre la organización de la Fiscalía General de la Nación, se resalta que el artículo 5º transitorio de la Constitución revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para proferir las normas de organización de la citada entidad, con fundamento en esta autorización el Gobierno Nacional emitió el decreto 2699 de 1991, “por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, en el cual se estableció el régimen de carrera de esta entidad.

⁵ “ARTÍCULO 159. REGIMEN DE CARRERA DE LA FISCALIA. La Fiscalía General de la Nación tendrá su propio régimen autónomo de carrera sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios, orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman. Los cargos de libre nombramiento y remoción, así como los de carrera, serán los previstos en la ley.

Con el objeto de homologar los cargos de la Fiscalía con los restantes de la Rama Judicial, aquella observará la nomenclatura y grados previstos para éstos.”

⁶ Corte Constitucional Sentencia C-037 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷ Magistrado Ponente, Dr. Jairo Charry Rivas.

Luego se dictó el Decreto Extraordinario 261 de 2000, “por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”, que reguló el régimen de carrera de la institución.

Posteriormente por la Ley 938 de 2004, “por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, derogó expresamente en el artículo 79 los Decretos 2699 de 1991 y 261 de 2000.

Del mérito y el derecho a la igualdad en la carrera administrativa.

Sobre el mérito y el derecho a la igualdad en la carrera administrativa se precisa que el artículo 125 de la Constitución Política indica que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y que el ingreso y ascenso se realizará previo cumplimiento de las condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Así el ingreso, permanencia y ascenso en el sistema de carrera administrativa debe estar condicionado a la demostración del mérito de los aspirantes a través de los concursos.

En este aspecto la Corte Constitucional ha considerado que la implementación del sistema de carrera en la administración pública constituye un presupuesto esencial para la realización de los propósitos constitucionales en tanto garantiza el cumplimiento de los fines estatales, permitiendo que la función pública se desarrolle por personas por calificadas y seleccionadas bajo el criterio del mérito, y de la misma manera hace efectivo el derecho de las personas de acceder al desempeño de cargos públicos en igualdad de condiciones⁸.

Ha destacado la Corte que la selección mediante el mérito es una manifestación del derecho a la igualdad, que a su vez constituye una garantía para los aspirantes, a quienes se les preserva su derecho a acceder al desempeño de funciones públicas en condiciones equitativas, esto es, con la participación igualitaria en los procesos de selección de los funcionarios del Estado. Respecto de los referidos procesos si bien se ha establecido que el legislador tiene libertad de configuración para diseñarlos, también es claro que no puede vulnerar los

⁸ Sentencia C -733 de 2005 del 14 de julio de 2005. MP. Dra. Clara Inés Vargas Hernández

derechos fundamentales de los participantes, entre ellos, el derecho a la igualdad.⁹

Así, los artículos 125 de la Constitución Política prevé el principio del mérito como el fundamento del sistema de carrera administrativa y a su vez la jurisprudencia constitucional ha establecido que la incorporación de los cargos estatales a la carrera constituye un presupuesto esencial para la realización de los fines estatales, entre ellos “el de garantía de cumplimiento de los fines estatales, en la medida en que permite que la función pública ... pueda desarrollarse por personas calificadas y seleccionadas bajo el único criterio del mérito”¹⁰

Sobre el respeto del derecho a la igualdad de todos los aspirantes en el proceso de selección se opone a que la ley “establezca requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, que serían barrera ilegítimas y discriminatorias.”¹¹, así lo consideró La Corte Constitucional en la sentencia C-733 de 2005 al declarar la inconstitucionalidad del artículo 56 de la Ley 909 de 2004 que ordenaba a la Comisión Nacional del Servicio Civil la creación de instrumentos para reconocer un valor adicional a la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en la evaluación de antecedentes de los empleados provisionales inscritos en cargos de carrera que se presentaran a los concursos de méritos, estableció que

Frente a la norma acusada en esa oportunidad consideró la Corte Constitucional que ella creaba un trato diferente entre los aspirantes que se desempeñaban en provisionalidad y los demás, porque establecía una evaluación adicional para los primeros, instaurando una ventaja injustificada frente a los otros aspirantes, violatoria los derechos a la igualdad y al acceso a cargos públicos.

Se explicó en la referida providencia que el privilegio previsto en la norma demandada consistía en que a los empleados nombrados en provisionalidad “además de los factores comunes que se les tendrán en cuenta a todos los aspirantes, relativos a sus calidades académicas y experiencia, también se les toma en cuenta, de manera adicional, una evaluación de antecedentes, de experiencia, de antigüedad, de conocimiento y de eficiencia en el ejercicio del

⁹ Ídem.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1177 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹¹ Sentencia C -733 de 2005 del 14 de julio de 2005. MP. Dra. Clara Inés Vargas Hernández

cargo para el cual se concursó, lo que representa una ventaja frente a quienes concursan y no se encuentran ocupando el cargo respectivo, según lo disponga la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual no se encuentra justificada.¹²

(Resaltado fuera de texto)

De la Convocatoria de la Fiscalía General de la Nación (1994) en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Sobre el particular, debe decirse que la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación al estudiar la situación particular de los participantes de la convocatoria de la Fiscalía General de la Nación de 1994 sostuvo que, de acuerdo con los supuestos normativos previstos en el Decreto 2699 de 1991 la vinculación de los servidores a la Fiscalía General de la Nación resultaba reglada, lo que suponía, que los nombramientos de sus empleados y funcionarios sólo procedía previa superación de las etapas del concurso de méritos, siendo la provisionalidad la excepción.

Bajo estos supuestos, concluyó que el Fiscal General de la Nación no estaba facultado para realizar los nombramientos de los empleos de carrera en provisionalidad, en la medida en que el mismo Decreto 2699 de 1991 lo obligaba a actuar conforme a la Constitución Política y la ley, esto es para el caso concreto, mediante un procedimiento reglado como lo fue la convocatoria de 1994.

Así se lee en los considerandos de la Sentencia de 23 de septiembre de 1999, Rad. 602-99. M.P. Javier Díaz Bueno:

“(…)

La discusión se reduce a lo siguiente: la Fiscalía General de la Nación, realizó el nombramiento del actor en provisionalidad, a pesar de lo señalado en el Decreto 2699 de 1991 pues superó el concurso y figuró en la lista de elegibles. La Fiscalía General de la Nación para hacer la designación bajo esa modalidad se ampara en la nota que figura en la convocatoria y que dice:

“NOTA: El proceso de selección que se adelantará para la provisión de estos cargos responde a un propósito de vincular a través de la evaluación de los méritos en igualdad

¹² Ídem.

de oportunidades, pero debe advertirse que no es parte integral de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación. Por tal razón la entidad no adquiere compromiso legal con quienes resulten aprobados en este concurso”. (Fl. 154)

El problema jurídico se resuelve en el siguiente orden:

El Decreto 2699 del 30 de noviembre de 1991, regula el régimen de carrera, y ordena que la provisión de los empleos de carrera se hace previo agotamiento del concurso y sólo cuando no es posible hacerlo, es factible efectuar el nombramiento provisional.

Para un mejor entendimiento del problema jurídico, a continuación se transcriben los artículos 65, 68, 69, 70 y 71 del Decreto 2699 de 1991, que en su orden disponen:

“ART. 65.- La carrera de la fiscalía tiene por objeto garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman.

Los funcionarios y empleados que conforman los juzgados de instrucción criminal, de la justicia ordinaria, penal aduanera, fiscalías de los juzgados superiores, penales del circuito, superiores de aduanas y de orden público, de las direcciones seccionales y generales de instrucción criminal, el cuerpo técnico de policía judicial que pasen a la Fiscalía General de la Nación, serán incorporados en las mismas condiciones en que se encuentren vinculados a sus actuales cargos, mientras el Consejo de la Judicatura realiza la respectiva homologación al régimen de carrera de la fiscalía.

Los juzgados de Instrucción penal Aduanera se incorporarán a la Fiscalía General de la Nación a más tardar el 1° de mayo de 1992.

ART. 68.- El proceso de selección comprende la convocatoria, el concurso y el período de prueba, cuando este último fuere necesario. Todo concurso será abierto y, en consecuencia, podrán participar quienes pertenecen a la carrera o personas ajenas a ella.

ART. 69.- La convocatoria es norma obligatoria y reguladora de todo concurso, y se divulgará conforme lo establezca el reglamento que expida la comisión nacional de administración de personal.

ART. 70.- La convocatoria se hará en forma periódica a fin de garantizar recursos humanos disponibles para la provisión de las eventuales vacantes en cualquiera especialidad y nivel dentro de la Fiscalía General de la Nación o ante la proximidad del vencimiento de los períodos, si éstos existieren.

ART. 71.- El proceso de selección evaluará integralmente las capacidades y aptitudes del aspirante mediante la calificación objetiva y ponderada de los conocimientos, títulos y estudios académicos, experiencia profesional y habilidades para el cargo; de conformidad con el reglamento que expida la comisión nacional de administración de personal.

La provisión de los cargos se hará de una lista conformada por los cinco primeros candidatos calificados que hayan aprobado el concurso”

Las anteriores disposiciones permiten a la Sala concluir que el nominador, en esta oportunidad el Fiscal General de la Nación para realizar los nombramientos de los empleos de carrera, en principio, carece de la facultad para hacer la designación en provisionalidad, así obre de por medio la “nota” que se consignó en la convocatoria, en el sentido de que quien concursara no ingresaría a la carrera, pues según el artículo 5° del Decreto 2699 de 1991 “La Fiscalía General de la Nación actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico”.

En otros términos, la provisión de los empleos de carrera en la Fiscalía General de la Nación es reglada, debe adelantarse previa superación de las etapas del concurso y sólo en ausencia del mismo, es procedente la designación en provisionalidad.

(...)

El Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, define el empleo que desempeñaba el demandante como de carrera, la Fiscalía lo vinculó previo agotamiento del concurso de méritos y en esas condiciones, la circunstancia de que en la convocatoria hubiera expresado que ella no otorgaba a sus participantes derechos de carrera, tal advertencia no tiene la virtualidad de modificar la ley, mucho menos la Constitución. Ella no tiene ningún valor, pues de lo contrario, sería aceptar que el nominador pueda a su arbitrio cambiar las reglas previstas en la Constitución y en la ley obstaculizando de ese modo el adecuado funcionamiento de la carrera.

Como antes se precisó, el señor ANTONIO MUSIRI GUTIÉRREZ acreditó haber ingresado previa superación de las etapas del concurso, y aun cuando la Entidad demandada realizó el nombramiento en provisionalidad, lo cierto es que lo amparaban las prerrogativas que otorga el status de carrera. No era pues, jurídicamente viable el retiro mediante la declaratoria de insubsistencia en ejercicio de la facultad discrecional, como procedió el señor Fiscal General de la Nación, sino que el retiro debió hacerse por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario o por las demás causales previstas en la Constitución y en la ley.”.

Así las cosas, en ese momento concluyó esta Sección que aún cuando la convocatoria de 1994 precisó que la participación en la misma no le confería a sus aspirantes los derechos propios del sistema de la carrera administrativa, esta

salvedad hecha por la Fiscalía al desconocer que la provisión de empleos en dicha entidad es reglada, no tiene ningún valor, de modo que la autoridad nominadora no estaba facultada para escoger a su arbitrio la designación en provisionalidad de las personas que superaron el proceso de selección para los cargos ofertados en la referida convocatoria y en consecuencia aunque fuesen nombrados en provisionalidad estaban amparados por las prerrogativas del estatus de carrera administrativa.

No obstante lo anterior, la Sala Plena de esta Corporación al conocer del recurso extraordinario de súplica formulado en contra de la providencia en cita, varió la tesis jurisprudencial que venía aplicando esta Sección al considerar que el proceso de selección llevado a cabo por la Fiscalía General de la Nación en 1994, no constituía un verdadero concurso de méritos, dado que no cumplió con las exigencias y etapas previstas en el Decreto 2699 de 1991, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, vigente al momento en que se llevó a cabo el citado proceso.

Así se lee en los considerandos de la sentencia de 2 de septiembre de 2003. Rad. S-531 M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola:

“(...) Confrontada la situación reseñada con las normas antes transcritas y cuya debida aplicación se cuestiona en este recurso, la Sala observa que dichas normas no se adecuan íntegramente a tal situación. Es así como las etapas previstas en el artículo 68 no corresponden a las del concurso realizado, toda vez que faltó la del período de prueba, pues en lugar del nombramiento en período de prueba se hizo en provisionalidad, pues no existía reglamentación, de manera que ello no dependía de la voluntad del nominador. Por ese motivo, el nombramiento en provisionalidad no corresponde al que resulta de un concurso de mérito en los términos de la regulación específica de la carrera respectiva. Al respecto, el ad quem dedujo de esa circunstancia una consecuencia distinta de la que le corresponde a la luz de esa norma, toda vez que en lugar de concluir que la ausencia de la etapa en comento apuntaba a la no aplicación de la norma, pues no aparecía estructurado un verdadero concurso, dedujo que “aun cuando la Entidad demandada realizó el nombramiento en provisionalidad, lo cierto es que lo amparaban (refiriéndose al actor) las prerrogativas que otorga el status de carrera”.

Tampoco se adecua la aplicación de los artículos 69 y 71 a la realidad procesal, por cuanto no hubo la convocatoria de conformidad con “el reglamento que expida la Comisión Nacional de Administración de Personal”, según lo prevé el primer artículo para la

convocatoria y el segundo para el proceso de selección, pues dicho reglamento aún no existía, de allí que la convocatoria no era la prevista en el artículo 69 en cita, el cual, por su falta de reglamentación, no era aplicable a pesar de que había sido expedida la correspondiente ley, luego no era formalmente posible que se adelantara el concurso de mérito establecido por las citadas normas y las del mismo decreto que le eran concordantes.

Ello explica que la convocatoria en donde participó el accionante hubiera tenido el carácter de provisional y que, en consecuencia, los nombramientos que se hicieran con base en ella lo fueran también en esa misma situación, procedimiento que a su vez encuentra justificación en la urgente necesidad del servicio nacida de la puesta en funcionamiento casi inmediata a su creación de una institución nueva y que por lo mismo requería de dotación e instrumentación también inmediata.”.

En efecto, consideró la Sala Plena de esta Corporación que el Presidente de la República mediante el Decreto 2699 de 1991 expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación en cuyo artículo 68 estableció las etapas que debía comprender una convocatoria a concurso público de méritos, entre ellas el período de prueba, la cual fue omitida en la convocatoria de 1994 lo que desnaturalizó el principio del mérito como garante del ejercicio de la función pública, en el caso de la Fiscalía General de la Nación.

Así mismo, se consideró en esa oportunidad, que tampoco era posible implementar el sistema de la carrera administrativa en la Fiscalía General de la Nación toda vez que, su Comisión Nacional de Administración de Personal no había expedido la reglamentación para efectuar las convocatorias.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en sentencia T-170 de 7 de marzo de 2006, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, dejó sin efectos la sentencia de Sala Plena Contenciosa, al considerar que “(...) independientemente de los efectos que el Fiscal General haya resuelto darle a la convocatoria pública realizada por la entidad y atendida por el actor a principios de 1994, lo cierto es que para proceder a desvincular al actor del cargo que ocupaba era necesario proferir un acto motivado. Lo anterior porque -como como se desprende de los apartes preliminares de esta sentencia y de la síntesis de jurisprudencia en ella efectuada- las actuaciones del Fiscal General relativas al retiro del servicio comprometen, en si mismas, los derechos fundamentales del servidor a la igualdad en el desempeño de cargos y funciones públicas, al trabajo y al debido proceso – artículos 13, 40, 53 y 29 C.P.- por lo que deben ser motivadas. (...).”.

En esta providencia la Corte Constitucional estudió únicamente la necesidad de motivar los actos administrativos mediante los cuales declara insubsistente un nombramiento provisional, como garantía a los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo y debido proceso, entre otros, de quien se vea afectado por este tipo de medidas, sin que se hubiera analizado la validez de la convocatoria de la Fiscalía General de la Nación, llevada a cabo en 1994, sin embargo la Corte declaró ejecutoriado y en firme el fallo de 23 de septiembre de 1999 proferido por la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación.

Posteriormente la Sala Plena de esta Sección en sentencia del 12 de febrero de 2009¹³, al estudiar la legalidad del acto administrativo mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de un funcionario de la Fiscalía General de la Nación, que había participado en la convocatoria del 1994, retomó la tesis definida por la Sección Segunda, Subsección B, en sentencia de 23 de septiembre de 1999. Rad. 602-99 señalando que, no resultaba aceptable la argumentación de la Fiscalía General de la Nación en cuanto afirmaba que la referida convocatoria no generaba derechos de carrera toda vez que, dicha entidad no podía actuar por fuera de los parámetros establecidos en el artículo 65 del su estatuto orgánico, Decreto 2699 de 1991, esto es, de acuerdo con los objetivos y fines del sistema especial de la carrera en la Fiscalía General de la Nación.

En este mismo sentido, la Sala Plena de esta Sección en sentencia de 25 de febrero de 2010¹⁴, manifestó que, el Fiscal General de la Nación no contaba con la facultad para proveer empleos de carrera mediante nombramientos provisionales toda vez que, la convocatoria de 1994, como desarrollo del principio del mérito en el acceso a la función pública, era el instrumento constitucional y legal idóneo para proveer los cargos que en ese momento se encontraban vacantes en la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación.

4. La situación concreta a decidir.

El actor solicita la declaratoria de nulidad de la Actas Nos. 17 de 2000 y 60 de 2007 mediante las cuales la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de

¹³ Proceso con radicado interno No. 2313 de 1998. M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁴ Proceso con radicado interno No. 1148-2008, Magistrada Ponente, Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez

la Fiscalía General de la Nación determinó que el proceso de selección para proveer cargos en las Unidades Locales de la Fiscalía realizado en el año 1994 se trató efectivamente de un concurso de méritos que podía generar la inscripción en carrera de los servidores de la entidad que lo aprobaron.

Así las cosas corresponde a la Sala determinar si las citadas son nulas por desconocer las normas en que debían fundarse, esto es: i) los fundamentos de derecho de la sentencia de Sala Plena del 23 de septiembre de 1999 y ii) el principio del mérito, los derechos a la igualdad y a acceder a cargos públicos.

Respecto del primer aspecto se destaca que la sentencia cuyo desconocimiento invoca el accionante, esto es, el fallo de 2 de septiembre de 2003 proferido por la Sala Plena de esta Corporación, que resolvió el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia de 23 de septiembre de 1999 proferida por la Sección Segunda, Subsección B, que resolvió infirmarla, fue dejado sin efectos por la Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-170 de 2006¹⁵, al considerar que la falta de motivación del acto de insubsistencia proferido contra el peticionario violó sus derechos al debido proceso, al igualdad y al trabajo, hecho por el cual no consideró necesario la Corte estudiar la pertinencia de la designación en propiedad o en provisionalidad.

Como consecuencia de la anterior declaración, la Corte Constitucional declaró ejecutoriado y en firme el fallo proferido por la Sección Segunda, Subsección B, en el que se estableció que la advertencia hecha por la Fiscalía General de la Nación en el instructivo de la convocatoria sobre que ese proceso de selección no generaba el ingreso a la carrera, no tenía efectos porque la Fiscalía no tenía la facultad de desconocer lo dispuesto en el estatuto orgánico de la entidad de ese momento, el Decreto 2699 de 1991, y que al ser reglada la provisión de los empleos, únicamente en ausencia del concurso era procedente la designación en provisionalidad.

Esta tesis fue reforzada en las sentencias de Sala Plena de esta Sección del 12 de febrero de 2009 y 25 de febrero de 2010, en las que se determinó que la Fiscalía no tenía la facultad de modificar las etapas establecidas en el Decreto 2699 de 1991 sobre el concurso de méritos, y que si los participantes concursaron para un cargo de carrera administrativa y quedaron seleccionados con fundamento en el

¹⁵ *Magistrado Ponente, Álvaro Tafur Galvis.*

mérito, la consecuencia necesaria era que fueran nombrados en período de prueba y que fueran calificados para adquirir el estatus de empleados de carrera¹⁶, de manera que la realización de los nombramientos en provisionalidad de quienes superaron el concurso desconocía la normatividad superior, así:

“Con fundamento en las pruebas reseñadas, es indiscutible que el actor ingresó al cargo de Fiscal Local en virtud de un concurso de méritos, sólo que la Fiscalía General de la Nación lo hizo contraviniendo el orden superior.

En efecto, de conformidad con el artículo 121 de la Constitución Política, las autoridades de la República no pueden ejercer atribuciones distintas de las que le señala la Constitución y la ley. Mandato en el mismo sentido consagra el inciso 2º del artículo 123 ibídem cuando expresa: “Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.

Por su parte, el artículo 125 de la Carta Política, prevé que el ingreso a los cargos de carrera se hará previa observación de los requisitos y condiciones señalados en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.”¹⁷

En este orden de ideas, es claro que la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación al proferir las Actas Nos. 17 de 2000 y 60 de 2007, no estaba sujeta al acatamiento de lo ordenado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia del 2 de septiembre de 2003, pues como viene de explicarse esta providencia fue dejada sin efectos por la Corte Constitucional en la sentencia T-170 de 2006 y de otro lado, la tesis actual de esta Sección avala que el proceso de selección del año 1994 sí podía en principio generar derechos de carrera administrativa para quienes superaron todas las etapas.

¹⁶ “Lo anterior significa que la persona escogida por el sistema de concurso, ingresa a la carrera en período de prueba de tres (3) meses, dentro de los cuales se calificarán mensualmente sus servicios para evaluar su eficiencia, adaptación y condiciones para el desempeño del cargo; superado este período y obtenida calificación satisfactoria la aspirante deberá ser nombrada en propiedad y escalafonada dentro de la carrera, como lo prevé el artículo 72 del Decreto 2699 de 1991.

De conformidad con la anterior preceptiva, el Fiscal General de la Nación, no podía válidamente realizar nombramientos para proveer los empleos de la Entidad en provisionalidad, así obrara de por medio la “nota” que se incluyó en la convocatoria, en el sentido de quien concursara no ingresaría a la carrera pues, según el artículo 5º del Decreto 2699 de 1991, “La Fiscalía General de la Nación actuará con sujeción a la Constitución, a las Leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico.”

Quiere decir que la provisión de los empleos de carrera, como el desempeñado por la actora (Fiscal Delegado Ante Jueces Municipales y Promiscuos), es reglada y por lo tanto debe adelantarse previa la superación de todas las etapas del concurso y sólo en ausencia del mismo es procedente la designación en provisionalidad.” Proceso con radicado interno No. 1148-2008, Magistrada Ponente, Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹⁷ Proceso con radicado interno No. 2313 de 1998. M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

Ahora bien frente al segundo aspecto, esto es, que las actas demandadas violan el principio del mérito para el acceso a cargos públicos, los derechos a la igualdad y a ingresar a cargos públicos, en cuanto de un lado a juicio del actor se impidió la participación de todos quienes estuvieran interesados en los cargos ofertados porque no daban derechos de carrera, y de otro porque los actos censurados otorgan un trato preferencial a quienes están vinculados en provisionalidad en la Fiscalía.

Sobre el primer de los puntos reseñados por el actor, se tiene que aunque la entidad incurrió en un error al afirmar en el instructivo del concurso de 1994 que los participantes no adquirirían derechos de carrera administrativa, esta salvedad no tiene efectos, tal como lo ha señalado la jurisprudencia reseñada en esta providencia, y por otro lado, aunque efectivamente eventualmente podrían haberse abstenido de participar en ese proceso quienes querían adquirir derechos de carrera, constituiría una carga injustificada para quienes sí participaron en ese concurso que data del año 1994, declarar la nulidad de ese proceso, carga que desconocería los principios de celeridad y economía que irradian la función administrativa.

Así mismo a partir de un ejercicio de ponderación de derechos, sería excesivo desconocer las situaciones jurídicas consolidadas de todos los servidores que gozan de derechos de carrera administrativa con fundamento en ese concurso.

En lo que toca con el segundo aspecto por el cual considera el actor que los actos demandados desconocen los derechos a la igualdad, el acceso a cargos públicos y el principio del mérito, porque las actas enjuiciadas dan un trato preferente a los empleados nombrados en provisionalidad que habían superado el concurso de méritos, destaca la Sala que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se opone al derecho a la igualdad que se den ventajas injustificadas en los concursos de méritos a un grupo de participantes, tal como se expuso en el acápite sobre el mérito y el derecho a la igualdad en los concursos de méritos.

En el caso bajo estudio, observa la Sala que en uno de los apartes demandados del Acta No. 060 de 14 de febrero de 2007, al precisar el alcance del Acta No. 017 de 2000 se establece que los destinatarios del derecho a inscripción en el Registro Único de Inscripción en carrera son los servidores que lo soliciten, a este respecto

se observa que el término servidores significa que solamente quienes estuvieran en ese momento nombrados en la Fiscalía podían acceder al citado beneficio.

Frente a esta diferenciación establecida en el Acta No. 060 de 2007 considera la Sala que la causa eficiente del nacimiento de los derechos de carrera de administrativa es la superación del concurso de méritos y así lo establece el inciso tercero del artículo 125 de la Constitución Política cuando dispone “El ingreso a los cargos de carrera ... se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”. De igual manera la Ley 938 de 2004 establece en el título VI que los derechos de carrera administrativa se generan por la superación del concurso de méritos.

En este orden de ideas la Comisión al establecer como condición que el participante que superó el concurso de méritos para ser inscrito en carrera administrativa tiene que ser un servidor, está imponiendo un requisito no previsto constitucionalmente, ni en la ley, adicionalmente es un parámetro que no está relacionado con el mérito e implica un trato preferente injustificado frente a quienes superaron el concurso de méritos en igualdad de condiciones pero no eran servidores al momento de la expedición del Acta No. 060 de 2007. Así, el privilegio que concede la citada acta a los servidores representa una barrera ilegítima a la luz de la Constitución Política y la Ley y desconoce como acertadamente lo manifestó el actor en la demanda, el principio del mérito, los derechos a la igualdad y al acceso a los cargos públicos.

Visto lo anterior se declarará la nulidad de la expresión servidores contenida en el numeral 2 subnumeral 1 del Acta No. 060 de 2007, titulado destinatarios, de conformidad con lo expuesto con anterioridad.

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

F A L L A

PRIMERO.- DECLÁRASE no probada la excepción de inepta demanda propuesta por la entidad accionada, como se expuso en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DECLÁRASE la nulidad de la expresión servidores contenida en el numeral 2, subnumeral 1 del Acta No. 060 de 2007, proferida por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO.- SE NIEGAN las demás pretensiones de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ