

CONCURSO DE MERITOS DEL AÑO 1994 PARA INGRESO A LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION – Otorga derechos de carrera. No da lugar a proveer el cargo en provisionalidad. Evolución jurisprudencial

La Sala reitera lo expuesto en el numeral I) de las consideraciones de esta sentencia, sobre el desarrollo de la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al proceso de selección realizado en la Fiscalía en el año 1994, de manera que en síntesis la posición actual de la Sección Segunda de esta Corporación, que retomó la tesis de la sentencia del 23 de septiembre de 1999 consiste en que la convocatoria de 1994 realizada por la Fiscalía fue materialmente un concurso de méritos, y que así la entidad hubiera manifestado en el instructivo que aquella no generaba derechos de carrera, esta advertencia no tenía validez alguna, de modo que a quienes superaban las etapas previstas en la convocatoria, deberían ser nombrados en período de prueba, el cual una vez superado generaría el nombramiento en propiedad. En suma, según la jurisprudencia actual de esta Corporación, el proceso de selección del año 1994 fue efectivamente un concurso de méritos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2699 DE 1991 / ACTA 17 DE 2000 DE LA COMISION NACIONAL DE ADMINISTRACION DE LA CARRERA EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION

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, 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, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez

ACTO QUE NIEGA INSCRIPCION EN CARRERA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION POR CONCURSO DE MERITOS DEL AÑO 1994 EN UNIDAD LOCAL DE FISCALÍA - Pérdida de fuerza ejecutoria por declaración de nulidad del acto general que le sirvió de sustento.

Teniendo en cuenta que el Oficio 0239 de 2008, cita como fundamento normativo, el aparte del Acta 60 de 2007, que identifica como destinatarios de la inscripción en carrera administrativa, solamente a los servidores de la entidad, y que justamente fue esta expresión la que se declaró nula, es claro que como consecuencia esta nulidad y en aplicación del artículo 66 del CCA, que el acto administrativo demandado perdió su fuerza ejecutoria cuando desapareció su fundamento de derecho. En todo caso, la pérdida de fuerza ejecutoria de un acto, no es causal de nulidad del mismo, en efecto la Corte Constitucional citando a esta Corporación ha manifestado que “la legalidad de los actos administrativos es un atributo que se predica de cada uno de ellos individualmente considerado y, por lo tanto, el fenómeno del decaimiento no opera automáticamente, ni produce su nulidad. Consecuentemente, al demandar la nulidad de un acto, el decaimiento no es una pretensión válida para su anulación”. De otro lado, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que la nulidad de un acto general, si bien produce efectos retroactivos, no genera el restablecimiento automático de derechos particulares, en tanto la legalidad de los actos particulares sólo puede ser desvirtuada mediante sentencia judicial.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 66 / ACTA 60 DE 2007 DE LA COMISION NACIONAL DE LA CARRERA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION

CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION – Inscripción de los participantes del proceso de méritos del año 1994. Unidades Locales de Fiscalía. No requiere la calidad de servidor de la entidad

Procede la sala a estudiar la legalidad del acto administrativo contenido en el Oficio 0239 del 14 de febrero de 2008, sobre este punto se considera que en el acceso a los cargos de carrera administrativa debe prevalecer el mérito y que no está justificado constitucionalmente establecer ventajas injustificadas a favor de un grupo de aspirantes, como lo es el hecho de que a pesar de la participación en la convocatoria de 1994, únicamente quienes aún fueran servidores de la entidad en el 2007, año en que fue proferida el acta, podían solicitar la inscripción en carrera administrativa de la Fiscalía, a juicio de la Sala este trato diferenciado, no es justificado constitucionalmente, pues el acceso a la función pública está determinado por el mérito, no por la condición de servidores de los participantes en la convocatoria. El acto demandado al otorgar un trato preferente a los empleados nombrados en provisionalidad que superaron el concurso de méritos, frente a quienes si bien también lo superaron ya no eran servidores de la entidad, les concede a aquellos servidores una ventaja injustificada, que desconoce los derechos a la igualdad (art. 13 de la C.P), el acceso a cargos públicos (art. 40 num. 7 ídem) y el principio del mérito (art. 125 ídem).

NOTA DE RELATORIA: Sobre la nulidad de la expresión “servidor” contenida en el numeral 2 del Acto 60 de 2007, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 1 de noviembre de 2012, Rad2007-00103(1996-2007),M.P.. Gerardo Arenas Monsalve,

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 40 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 125 / LEY 938 DE 2004

NULIDAD DEL ACTO QUE NIEGA INSCRIPCION EN CARRERA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION POR CONCURSO DE MERITOS DEL AÑO 1994 – Restablecimiento del derecho de servidor retirado del servicio. Alcance

En primera medida resalta la Sala que de la nulidad del acto demandado, no se deriva el restablecimiento del derecho requerido por el accionante, esto en tanto, el oficio que negó por improcedente la solicitud, se bien se refirió la inscripción en carrera administrativa, no estudió de fondo el derecho del actor, de modo que de la nulidad del acto demandado, no se configura el derecho del demandante a ser reintegrado, ni al pago de los salarios dejados de percibir. Adicionalmente, sobre la modificación de las reglas iniciales de los concursos de méritos, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que en el actuar de la administración, ésta desde el comienzo fija las bases del concurso de méritos, reglas que son obligatorias para la entidad y los participantes, por tanto ésta debe respetarlas, de modo que no puede actuar de forma discrecional al realizar la selección, así lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia T-095-02. En este orden de ideas, considera la Sala que la exclusión prevista en el numeral 2.2 del Acta 60 de 2007, consistente en que no se pueden otorgar derechos de carrera a quienes no participaron de conformidad con las bases iniciales de la convocatoria, se aviene a

las reglas de los concursos de méritos y es proporcionada con el objeto del acta, esto es, regular la situación de quienes participaron de acuerdo a las condiciones primigenias del concurso de 1994 y superaron el proceso de selección para así proceder a inscribirlos en carrera administrativa. Lo anterior, en tanto desde un comienzo, en el concurso no se indicó que se efectuaría una segunda vuelta o repechaje. Respecto de la segunda causal, es claro que también se configura porque el actor demandó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la nulidad del acto que lo declaró insubsistente del cargo de Fiscal Local y en segunda instancia, la Sección Segunda de esta Corporación le negó las pretensiones de la demanda, hechos que fueron expuestos por el accionante en la demanda y confirmados por la entidad demandada en los alegatos de conclusión.

FUENTE FORMAL: ACTA 60 DE 2007 DE LA COMISION NACIONAL DE ADMINISTRACION DE LA CARRERA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION - NUMERAL 2.2. / ACTA 60 DE 2007 DE LA COMISION NACIONAL DE ADMINISTRACION DE LA CARRERA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION NUMERAL 2.11

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, siete (7) de febrero de dos mil trece (2013).

Radicación número: 47001-23-31-000-2008-00136-01(0441-10)

Actor: GABRIEL ENRIQUE VICIOSO JIMENEZ

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2009 por el Tribunal Administrativo del Magdalena mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda presentada por GABRIEL ENRIQUE VICIOSO JIMÉNEZ contra la Nación, Fiscalía General de la Nación.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., el señor Gabriel Enrique Vicioso Jiménez solicita la nulidad

del Oficio No. 0239 de 14 de febrero de 2008, suscrito por el Jefe de la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación, por medio del cual se negó improcedente su solicitud de inscripción en el “Registro Único de Inscripción en carrera de la Fiscalía General de la Nación”, como Fiscal Delegado ante los jueces municipales y promiscuos del circuito judicial de Santa Marta, Magdalena.

A título de restablecimiento del derecho solicitó su reintegro al mismo cargo que ocupaba antes de su retiro del servicio. Así mismo, que se condene a la entidad demandada al pago de todos los salarios, prestaciones sociales, y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en la que se produjo el retiro del servicio hasta cuando se disponga el reintegro definitivo al cargo, con fundamento en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.

También pidió que, le fuera reconocida y pagada la suma de doscientos millones de pesos (\$200.000.000) a título de reparación de daño y de perjuicios morales objetivados y subjetivados, ocasionados con su retiro del servicio como Fiscal Delegado ante los jueces municipales y promiscuos del circuito judicial de Santa Marta, Magdalena.

Así mismo, solicitó que las sumas resultantes de las distintas condenas sean ajustadas conforme a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes hechos:

Se sostuvo que, en 1994 la Fiscalía General de la Nación convocó a concurso de méritos destinado a proveer en propiedad los cargos de Fiscal Local creados en todo el país, en virtud a lo dispuesto en la Constitución Política de 1991.

Teniendo en cuenta lo anterior, el señor Gabriel Enrique Vicioso Jiménez se inscribió en la citada convocatoria, superando todas y cada una de las etapas previstas en ella, ocupando el segundo puesto en la lista de elegibles.

Así las cosas, el Fiscal General de la Nación mediante Resolución No. 0-0847 de 23 de mayo de 1994 nombró con carácter provisional al señor Gabriel Enrique Vicioso Jiménez en el cargo de Fiscal Local de la Dirección Seccional de Santa Marta, Magdalena.

La totalidad de los funcionarios vinculados a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, con ocasión de la convocatoria de 1994, permanecieron a la espera de que sus nombramientos se realizaran en propiedad, mediante su inscripción en el "Registro Único de Inscripción en carrera de la Fiscalía General de la Nación".

No obstante lo anterior, el 7 de marzo de 1997, el Fiscal General de la Nación mediante Resolución No. 0-0556 declaró insubsistente el nombramiento del demandante, sin expresar los motivos que tuvo en cuenta para adoptar dicha decisión.

Se manifestó que, el demandante en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó la nulidad de la Resolución No. 0-0556 de 1997 frente a lo cual, el Tribunal Administrativo del Magdalena mediante sentencia de 17 de mayo de 2002 declaró la nulidad de la referida resolución argumentando para ello que, el demandante al haber superado la totalidad de las etapas de la convocatoria de 1994 le asistían las prerrogativas propias del sistema de la carrera administrativa.

Se indicó que, la Sección Segunda del Consejo de Estado al conocer del recurso de apelación formulado por la Fiscalía General de la Nación, en contra de la anterior decisión, decidió revocar la Sentencia de 17 de mayo de 2002 al considerar que el carácter provisional del nombramiento del actor no le otorgaba las prerrogativas de la carrera administrativa.

No obstante lo anterior, sostuvo la parte demandante que la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación, mediante Acuerdos de 2000 y 2007 decidió validar la convocatoria de 1994 y, en consecuencia, darle el carácter de concurso de méritos y proceder a la inscripción de varios de sus participantes en el "Registro Único de Inscripción en carrera de la Fiscalía General de la Nación".

Con fundamento, en lo anterior el demandante mediante escrito de 1 de febrero de 2008, solicitó su inscripción en el escalafón de la carrera administrativa. El 14 de febrero de 2008, por Oficio No. 0239, la Jefe de la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación negó la referida petición, manifestando que si bien

es cierto, mediante los Acuerdos de 2000 y 2007, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación decidió validar la convocatoria de 1994, el señor Gabriel Enrique Vicioso Jiménez no reunía los requisitos para su inscripción en el "Registro Único de Inscripción en carrera de la Fiscalía General de la Nación" dado que desde 1997 se encontraba retirado del servicio.

Sostuvo que, el Oficio No. 0239 de 14 de febrero de 2008 deviene en ilegal dado que no sólo desconoce el derecho de defensa del demandante sino también su derecho a la igualdad toda vez que, mediante los Acuerdos de 2000 y 2007 se establecen requisitos adicionales para su inscripción en el escalafón de la carrera administrativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 3, 13, 83 y 125.

De la Ley 909 de 2004, el artículo 27.

De la Ley 270 de 1996, los artículos 156, 162 y 164

De la Ley 938 de 2004, el artículo 70.

Al explicar el concepto de violación se expresan entre otras razones, las que a continuación resume la Sala:

Se refiere en primer lugar a que, en el caso concreto, no hay discusión respecto al hecho de que el actor había participado en la convocatoria a concurso de méritos de la Fiscalía General de la Nación en 1994 y, en consecuencia, había ocupado el segundo lugar en la lista de legibles, lo que de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política de 1991 le confería el derecho a su inscripción en el "Registro Único de Inscripción en carrera de la Fiscalía General de la Nación".

Manifestó que, tanto en el sistema de la carrera administrativa en general, como en el caso específico de la carrera judicial el concurso de méritos constituye un valioso instrumento para comprobar la idoneidad de quien aspira a ingresar al ejercicio de la función pública, como ocurrió en el caso del actor al haber superado

satisfactoriamente todas y cada una de las etapas previstas en la convocatoria de la Fiscalía General de la Nación en 1994.

Indicó que, con el acto acusado la entidad demandada vulneró el derecho de acceso a la función pública del actor dado que, la jurisprudencia constitucional ha sostenido en reiterados pronunciamientos que una vez la administración realice un proceso de selección por méritos, no existe excusa válida para omitir o retardar los nombramientos en propiedad en los cargos ofertados públicamente.

Precisó que, agotadas las etapas de un proceso de selección por méritos, y conformada la lista de elegibles, no es posible introducir modificaciones a las reglas previstas inicialmente en la convocatoria toda vez que, ello vulneraría el principio de confianza legítima que le asiste a los participantes, quienes se someten a dichos procesos confiados en la aplicación uniforme de las reglas que regulan la carrera administrativa.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Fiscalía General de la Nación contestó la demanda con los siguientes argumentos (fls. 54 a 59):

En primer lugar, sostuvo que el reconocimiento de derechos de carrera a los participantes de la convocatoria de 1994 fue objeto de intensos debates al interior de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación, los cuales concluyeron con la adopción de los Acuerdos de 2000 y 2007 a través de los que se determinó que, la inscripción en el escalafón de la carrera administrativa de los citados participantes sólo procedería si se encontraban vinculados, para ese momento, en la Fiscalía General de la Nación.

Señaló que, si bien es cierto el demandante hizo parte de la convocatoria de 1994, mediante la cual la Fiscalía General de la Nación pretendió designar en provisionalidad unos cargos de Fiscal Local, también lo es que su nombramiento como Fiscal Delegado ante los jueces municipales y promiscuos del circuito judicial de Santa Marta, Magdalena, había sido declarado insubsistente en 1997 lo

que claramente impedía su inscripción en el “Registro Único de Inscripción en carrera de la Fiscalía General de la Nación”.

En relación con los nombramientos de los señores Nelson Julio Correa y Mirna Salcedo Martínez indicó que los mismos no constituyen una violación al derecho a la igualdad del actor toda vez que los mencionados señores, al momento de expedirse los Acuerdos de 2000 y 2007, sí se encontraban vinculados a la Fiscalía General de la Nación, lo que hacía viable su designación en propiedad, teniendo en cuenta su participación en la convocatoria de 1994.

Agregó que, el acto administrativo que definió la situación del actor, en relación con los derechos de carrera que eventualmente pudieron asistirle al haber participado en la convocatoria de 1994, es la Resolución No. 0-0847 de 23 mayo de 1994 mediante la cual se le designó en provisionalidad como Fiscal Delegado ante los jueces municipales y promiscuos del circuito judicial de Santa Marta, Magdalena, cuya legalidad no fue cuestionada ante la jurisdicción de los Contencioso Administrativo.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Magdalena negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 142 a 151):

Manifestó que, de acuerdo con el Decreto 2699 de 1991 y la Ley 270 de 1996 la Fiscalía General de la Nación cuenta con su propio régimen de carrera administrativa regulado en forma autónoma y orientada a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de sus funcionarios y empleados.

Indicó que, la Sala Plena del Consejo de Estado, en relación con la legalidad de la convocatoria adelantada por la Fiscalía General de la Nación en 1994, sostuvo que la misma no cumplía con la exigencia de la ley para ser considerada una verdadera convocatoria pública de méritos dado que no se cumplió con las etapas previstas en la misma convocatoria, en especial con los nombramientos en período de prueba, ante la falta de reglamentación para implementar el sistema de carrera al interior de la Fiscalía General de la Nación.

Estimó el Tribunal, que para adelantar el estudio de legalidad del Oficio 0239 de 14 de febrero de 2008, acto acusado, resulta imprescindible contar con las actas de 2000 y 2007 proferidas por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera, de la Fiscalía General de la Nación, las cuales no obran dentro del expediente lo que claramente imposibilita un análisis de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, concluyó el Tribunal que la parte demandante no cumplió a satisfacción con la carga probatoria impuesta por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la de probar que tenía derecho a ser inscrito en el registro de la carrera administrativa de la Fiscalía General de la Nación de acuerdo con lo dispuesto por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación, en los 2000 y 2007.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, con base en los argumentos que se pasan a resumir (fls. 153 a 155):

Sostuvo que, si bien es cierto el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil le impone la carga de la prueba a la parte que alega un hecho, debe decirse que, en el caso concreto no es objeto de debate el hecho de que el demandante hubiera ingresado a la Fiscalía General de la Nación como resultado de la convocatoria pública de 1994, al haber superado satisfactoriamente todas las etapas previstas en la misma.

Así mismo, precisó que el hecho de que la Comisión Nacional de Administración de la Carrera, de la Fiscalía General de la Nación, hubiera convalidado la convocatoria a concurso de méritos de 1994, está suficientemente probado dentro del expediente razón por la cual, no le asiste la razón al Tribunal cuando sostiene que no cuenta con los suficientes elementos probatorios para estudiar la legalidad del Oficio No. 0239 de 14 de febrero de 2008.

Sobre este particular, manifestó que el Tribunal incurre en un yerro al considerar que la convocatoria de 1994 no tiene las características de un concurso de méritos toda vez que, la misma Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la

Fiscalía General de la Nación mediante Acuerdos de 2000 y 2007 no sólo le dio ese carácter, sino que lo materializó mediante nombramientos en propiedad.

Manifestó que, a lo anterior se suma que la entidad demandada no desconoció que el actor, en primer lugar, hubiera participado en la convocatoria de 1994 y, en segundo lugar, que fue nombrado en el cargo de Fiscal Delegado ante los jueces municipales y promiscuos del circuito judicial de Santa Marta, Magdalena.

Finalmente, argumentó que, el punto central de la controversia radica en que la entidad se niega a inscribirlo en carrera administrativa porque se encontraba desvinculado de la Fiscalía “pues este hecho obedeció a una causa imputable a ella misma”.

CONSIDERACIONES

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

El problema jurídico

Procede la Sala a determinar si es nulo el acto administrativo, que declaró improcedente la solicitud presentada por el actor, de inscripción en el régimen de carrera administrativa, con ocasión del proceso de selección realizado en el año 1994 en la Fiscalía General de la Nación, al considerar que el actor debía ser un servidor de la entidad para tener derecho a la inscripción, y si en consecuencia tiene derecho a ser reintegrado al cargo de Fiscal Local y a ser reparado.

Lo anterior en tanto, la Fiscalía General de la Nación mediante el Oficio No. 239 de 14 de febrero de 2008, negó por improcedente la petición del actor, de inscripción en el sistema de carrera administrativa al no encontrarse vinculado con la entidad.

La solicitud del actor se fundamentó en las Actas 17 de 2000 y 60 de 2007, en las cuales la Comisión Nacional de Administración de la Carrera decidió que “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 (sic) con plenitud de requisitos exigidos mediante convocatoria de ese momento, podrán solicitar a la Comisión se evalúe su situación particular frente al escalafón de carrera...” .

El acto administrativo acusado

Oficio No. 0239 de 14 de febrero de 2008, suscrito por el Jefe de la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación, por medio del cual se negó por improcedente la solicitud de inscripción del señor Gabriel Enrique Vicioso Jiménez en el Registro Único de Inscripción en Carrera –RUIC- y el nombramiento en propiedad en el cargo de Fiscal Local de la Dirección Seccional de Fiscalías de Santa Marta, con fundamento en los siguientes argumentos (fls. 37 a 45, cuaderno No.1):

Se afirmó que en el acta 60 se precisó el alcance del acta 17 de 2000 en la que se determinó que **“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, [que] hayan cumplido satisfactoriamente 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” (fl. 43).

La entidad accionada negó por improcedente la petición del actor, al estimar que éste ya no era servidor de la Fiscalía, pues “Con la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, la Fiscalía General de la Nación decidió dar por terminada la relación laboral, razón por la cual todas las expectativas que pudieran generarse de su participación en el proceso de selección de 1994, se extinguieron al producirse su retiro definitivo del servicio público” (fl. 44).

Hechos probados

1. Proceso de selección del año 1994: La Fiscalía General de la Nación convocó en enero de 1994 “A todos los ciudadanos colombianos que estén interesados en ocupar cargos correspondientes a las Unidades Locales de Fiscalía en todo el Territorio Nacional, para que se inscriban con el fin de participar en los concursos que se efectuarán...” las bases del concurso fueron

consignadas en el Instructivo para aspirantes a cargos de las unidades locales de la Fiscalía General de la Nación (fl. 25).

Precisó la entidad accionada a folio 124 que el actor hizo parte del proceso de selección convocado en el mes de enero de 1994 y que dentro de aquél, el demandante hizo parte del grupo de personas que presentaron y aprobaron una segunda prueba de conocimientos.

2. Nombramiento en provisionalidad: Mediante Resolución No. 0-0847 de 23 de mayo de 1994, el Fiscal General de la Nación nombró con carácter provisional al señor Gabriel Enrique Vicioso Jiménez como Fiscal Local en la Dirección Seccional de Fiscalías de Santa Marta, Magdalena (fls. 32 a 34, cuaderno No.1).

3. Declaratoria de insubsistencia: Mediante Resolución No. 0-0556 del 7 de marzo de 1997, el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento del demandante del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos (fl. 36, cuaderno No.1).

4. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto que declaró insubsistente al actor: Según lo afirman el actor y lo ratifica la entidad accionada, el demandante presentó la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución No. 0-0556 del 7 de marzo de 1997, que lo declaró insubsistente. En primera instancia mediante providencia del 17 de mayo de 2002 el Tribunal Administrativo del Magdalena accedió a las súplicas de la demanda, pero al surtirse el recurso de apelación, la Sección Segunda del Consejo de Estado, revocó la sentencia y negó la solicitud de nulidad (fls.3 y 125)

5. Actas 17 de 2000 y 60 de 2007 de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera: En el numeral 5 del Acta 17 de 2000 se indicó que “El proceso de selección para proveer cargos de 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 se evalúe su situación particular frente al escalafón de carrera ...” (fl. 8 cuaderno No. 2).

El alcance del citado acto administrativo se precisó en el Acta 60 de 2007 que indicó:

“(...)

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, [que] 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 (...)” (El texto subrayado fue declarado nulo por esta Corporación en sentencia del 1 de noviembre de 2012¹).

6. Resoluciones mediante las cuales se inscribió en el registro único de inscripción en carrera a algunos participantes en el proceso de selección del año 1994:

-Resolución 0173 de 27 de octubre 2007 proferida por la Jefe de la Oficina de Personal y Secretaria de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera, por la cual se ordenó la inscripción en el Registro Único de Inscripción en Carrera del señor Nelson Enrique Juliao Correa, porque participó en el concurso de 1994 para el cargo de Asistente Judicial Local, como resultado de ese proceso de selección fue nombrado en provisionalidad, superó todas las etapas previstas de la convocatoria y no incurrió en las causales de exclusión previstas en las actas 60 y 61.

-Resolución No. 0213 del 29 de octubre de 2007 proferida por la Jefe de la Oficina de Personal y Secretaria de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera, por la cual se ordenó la inscripción en el Registro Único de Inscripción en Carrera de la señora Mirna Esther Salcedo Martínez, porque participó en el concurso de 1994 para el cargo de Asistente Judicial Local, como resultado de ese proceso de selección fue nombrada en provisionalidad, superó todas las etapas previstas de la convocatoria y no incurrió en las causales de exclusión previstas en las actas 60 y 61.

7. Petición de inscripción del actor: El 30 de enero de 2008, el demandante mediante escrito dirigido al Fiscal General de la Nación solicitó su inscripción en el “Registro Único de Inscripción en carrera de la Fiscalía General de la Nación” como Fiscal Local en la Dirección Seccional de Fiscalías de Santa Marta, Magdalena, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en las Actas Nos. 17 de 9 de

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2007-00103-00 y número interno 1966-2007.

mayo de 2000, y 60 y 61 de 14 de febrero y 27 de marzo de 2007, proferidas por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación (fls. 37 a 42, cuaderno No.1).

8.Negativa de la entidad: El 14 de febrero de 2008, la Jefe de Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación, mediante Oficio No. 0239 negó la referida petición con el argumento de que el demandante no podía ser inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, toda vez que se encontraba retirado del servicio desde 1997 (fls. 43 45, cuaderno No.1).

Estimó la entidad que no podía “válidamente en este momento, tratándose específicamente del proceso de selección de 1994, entrar a evaluarse la situación de quienes si bien fueron en su momento participantes y se vincularon laboralmente con la entidad, actualmente se encuentran desvinculados del servicio” (fl. 44).

Análisis de la Sala

Para desatar el problema jurídico, la Sala abordará los siguientes temas i) de la Convocatoria de la Fiscalía General de la Nación (1994) en la jurisprudencia del Consejo de Estado, ii) de la declaratoria de nulidad de la expresión “servidores” contenida en el Acta 60 de 2007 proferida por la Comisión Nacional de la Carrera y iii) de los actos administrativos de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera, de la Fiscalía General de la Nación, en relación con la convocatoria de 1994.

I. 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 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, en principio, que los nombramientos de sus empleados y funcionarios sólo procedía previa superación de las etapas del concurso de méritos.

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:

“(…) 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.

“(…) por mandato constitucional, el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley, para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. 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.” (Resaltado fuera de texto)

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, el carácter reglado de la vinculación de los empleados y funcionarios a la Fiscalía General de la Nación impedía que la autoridad nominadora designara en provisionalidad los cargos ofertados en la referida convocatoria.

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, y parcialmente transcrita, 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 el respectivo reglamento que permitiera adelantar la inscripción de empleados y funcionarios en carrera.

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. (...)”.

La Sala, advierte en relación con esta providencia de la Corte Constitucional que su ratio decidendi está referida únicamente a 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.

Finalmente, esta Sección en reciente pronunciamiento¹, 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

¹ Sentencia de 12 de febrero de 2009. Rad. 2313 de 1998. M.P. Alfonso Vargas Rincón.

Nación, que había participado en la convocatoria del 1994, reconsideró la tesis definida por la Sala Plena 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 2010. Rad. 1148-2008. M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez 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.

II. De la declaratoria de nulidad de la expresión “servidores” contenida en el Acta 60 de 2007 proferida por la Comisión Nacional de la Carrera.

Esta Corporación mediante sentencia del 1 de noviembre de 2012² declaró la nulidad de la expresión “servidores” contenida en el numeral 2, subnumeral 1 del Acta No. 060 de 2007, con fundamento en los siguientes argumentos:

“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

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2007-00103-00 y número interno 1966-2007.

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.”

III. Actos administrativos de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera, de la Fiscalía General de la Nación, en relación con la convocatoria de 1994.

Sobre el particular, advierte la Sala que la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación en sesión de 9 de mayo de 2000, al estudiar la situación de los servidores que participaron en el proceso de selección de 1994, sostuvo que el referido proceso se trató de un concurso de méritos razón por la cual los aspirantes que participaron y aprobaron la totalidad de las etapas previstas en el, podían solicitar el estudio de su situación, con el fin de lograr su inscripción en el escalafón de la carrera administrativa.

Para mayor ilustración se transcriben los apartes pertinentes del Acta No. 17 de 9 de mayo de 2000 (fls. 1 a 8, cuaderno No. 2):

“(...) 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 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 encargará 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. (...).”.

Con posterioridad, y en este mismo sentido, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación en sesión de 14 de febrero de 2007, dio alcance a lo decidido mediante Acta No. 17 de 2000 precisando que se les reconocería derecho de inscripción, en el “Registro Único de Inscripción en carrera de la Fiscalía General de la Nación”, a quienes³ habiendo superado la totalidad de las etapas previstas en la convocatoria de 1994, no se encontraran incursos en alguna de las causales previstas “como de no inscripción en el sistema de carrera”. Así se observa en el Acta No. 60 de 14 de febrero de 2007 (fls. 9 a 35, cuaderno No. 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 fiscalía.

(...) 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 supuestos:

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 incursos en alguna de las causales por esta Comisión (aparte tachado fue declarado nulo).
2. Causales de no inscripción en el RUIC: No serán inscritos en el RUIC, quienes se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:
 - 2.1. Nombrados dentro del proceso de selección realizado en la ciudad de Medellín, cuyas inscripciones se llevaron a cabo el 20 y 21 de junio de 1994 y la aplicación de la prueba de conocimientos el 2 de julio de 1994, por considerar que no se ajusta a los parámetros de un proceso de selección en los términos de ley.
 - 2.2. Nombrados luego de su participación en etapas no previstas en la convocatoria nacional de enero de 1994 (a las que se les ha denominado “de repechaje”).
 - 2.3. Los que hubiesen presentado renuncia a sus cargos y la misma haya sido aceptada.

³ Originalmente decía servidores, pero como ya se explicó con anterioridad esta expresión fue declarada nula por esta Corporación.

- 2.4. Sancionados disciplinariamente con destitución por medio de providencia ejecutoriada.
 - 2.5. Estén o hayan estado incursos en violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades.
 - 2.6. Quienes no hayan aceptado el nombramiento al cargo para el que concursaron.
 - 2.7. No tomaron posesión del cargo para el que concursaron.
 - 2.8. Tomaron posesión en un cargo de libre nombramiento y remoción sin que medie comisión o encargo.
 - 2.9. Hayan fallecido
 - 2.10. Fueron declarados insubsistentes sus nombramientos y no hayan demandando dentro de la oportunidad establecida en la ley.
 - 2.11. Los que han demandado a la entidad en procura de la nulidad de la resolución que declaró insubsistente del (sic) nombramiento o de la respuesta negativa a solicitudes de inscripción en el régimen de carrera y sus pretensiones fueron denegadas mediante sentencia judicial ejecutoriada.
 - 2.12. No soliciten expresamente su inscripción en el RUIIC dentro de los términos y en las condiciones señaladas por esta Comisión.
 - 2.13. No cumplan los requisitos para el cargo al cual concursaron.
 - 2.14. No acepten el nombramiento en propiedad en el cargo para el cual concursaron dentro de los términos y en las condiciones señaladas en la ley.
 - 2.15. Retirados del servicio por pensión de invalidez, vejez o cumplimiento de la edad de retiro forzoso.(...).
4. Los nombramientos en propiedad y su consecuente inscripción en el RUIIC se realizaran sin que se surta el período de prueba, el cual se entiende superado dado que dichos servidores se han desempeñado en cargos similares o superiores a los cuales concursaron. (...).”.

IV. Del caso concreto

En el asunto bajo análisis, el actor solicita que se decrete la nulidad del oficio mediante el cual la Fiscalía General de la Nación le negó por improcedente la inscripción en el Registro Único de Inscripción en Carrera, para que en consecuencia a título de restablecimiento del derecho adquiriera los derechos derivados de la carrera administrativa, se ordene su reintegro y le sean reparados los perjuicios causados por la ilegalidad de la decisión de la administración.

El Tribunal no accedió a las peticiones de la demanda, pues consideró que el demandante no cumplió con la carga de la prueba, ya que no aportó al proceso las Actas 17, 60 y 61 de la Comisión de Carrera de la Fiscalía, y tampoco acreditó su participación en la convocatoria de 1994.

En el recurso de apelación, el demandante concreta su inconformidad contra la providencia de primera instancia en que:

i) Su participación en el proceso de selección de 1994 y su nombramiento en provisionalidad en la Fiscalía, no fueron un punto objeto de discusión y que por el contrario son hechos aceptados por la Comisión Nacional de Carrera; igualmente indicó que en el oficio demandado están todos los elementos de juicio que el Tribunal consideró no fueron probados.

ii) La convocatoria realizada por la Fiscalía tiene las características de un concurso de méritos, tanto así que la Comisión de Carrera de la entidad accionada, lo convalidó en los años 2000 y 2007, y procedió a inscribir a todas las personas que lo superaron satisfactoriamente

iii) El punto central de la controversia radica en que la entidad se niega a inscribirlo en carrera administrativa porque se encontraba desvinculado de la Fiscalía, sin tener en cuenta que "este hecho obedeció a una causa imputable a ella misma" (fl. 155).

Considera la Sala frente al primer aspecto, esto es la presunta falta de actividad probatoria del accionante, que su participación en el proceso de selección del año 1994, es un hecho aceptado por la entidad accionada, en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión, como se puede observar a folios 55 y 124

De otro lado, en lo que concierne al contenido de las actas, en virtud de la facultad que el artículo 169 del CCA le otorga al juez para decretar pruebas de oficio cuando hay puntos oscuros o dudosos de la contienda, el Magistrado Sustanciador de este proceso solicitó a la Fiscalía General de la Nación mediante auto de 13 de julio de 2011 que aportara al proceso las Actas 17 de 2000, 60 y 61 de 2007.

En este orden de ideas, los elementos probatorios cuya carencia resaltó el Tribunal ya se encuentran acreditados en el proceso, de manera que no existe impedimento para que se profiera un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones del actor.

Ahora bien, sobre al segundo aspecto, la Sala reitera lo expuesto en el numeral I) de las consideraciones de esta sentencia, sobre el desarrollo de la jurisprudencia

del Consejo de Estado frente al proceso de selección realizado en la Fiscalía en el año 1994, de manera que en síntesis la posición actual de la Sección Segunda de esta Corporación⁴, que retomó la tesis de la sentencia del 23 de septiembre de 1999 consiste en que la convocatoria de 1994 realizada por la Fiscalía fue materialmente un concurso de méritos, y que así la entidad hubiera manifestado en el instructivo que aquella no generaba derechos de carrera, esta advertencia no tenía validez alguna, de modo que a quienes superaban las etapas previstas en la convocatoria, deberían ser nombrados en período de prueba, el cual una vez superado generaría el nombramiento en propiedad.

Así se consideró en la sentencia del 12 de febrero de 2009⁵ que:

Como se precisó, en el sub-lite, no se discute por ninguna de las partes involucradas en la controversia, que la Fiscalía General de la Nación, convocó a concurso para proveer el cargo de Fiscal Local, que el demandante por cumplir los requisitos, participó, superó las etapas del mismo y fue nombrado en el citado cargo, sólo que la entidad demandada -Fiscalía General de la Nación-, no realizó la designación como lo ordena la ley, pues como se dijo, la Constitución ordena que el ingreso a los cargos de carrera, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la Ley. Esta (Estatuto Orgánico), señala las etapas del proceso de selección y provisión de cargos -en período de prueba, y la fiscalía procede en flagrante violación de la normatividad antes citada.

(...)

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho se condenará a la Fiscalía General de la Nación a reintegrar al demandante, en **período de prueba**, al cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Buga o a otro de igual o superior categoría. No se ordena el reintegro en “propiedad” en consideración a que no ha sido calificado, como lo ordena el artículo 72 del Decreto 2699 de 1991.”

En suma, según la jurisprudencia actual de esta Corporación, el proceso de selección del año 1994 fue efectivamente un concurso de méritos.

Finalmente, sobre el tercer aspecto, esto es, que la entidad negó por improcedente la petición de inscripción en carrera administrativa, pues el actor ya no era servidor de la misma, se tiene en cuenta que la expresión “servidor” contenida en subnumeral 1 del numeral 2 del Acta 60 de 2007, fue declarada nula

⁴ Ver sentencias del 12 de febrero de 2009, Magistrado Ponente, Alfonso Vargas Rincón, proceso con radicado interno No. 2313-98 y 25 de febrero de 2010, Magistrada Ponente, Bertha Lucía Ramírez de Páez.

⁵ Magistrado Ponente, Alfonso Vargas Rincón, proceso con radicado interno No. 2313-98.

en sentencia del 1 de noviembre de 2012⁶, tal como se expuso en el numeral II) de este fallo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Oficio 0239 de 2008, cita como fundamento normativo, el aparte del Acta 60 de 2007, que identifica como destinatarios de la inscripción en carrera administrativa, solamente a los servidores de la entidad, y que justamente fue esta expresión la que se declaró nula, es claro que como consecuencia esta nulidad y en aplicación del artículo 66 del CCA, que el acto administrativo demandado perdió su fuerza ejecutoria cuando desapareció su fundamento de derecho.

En todo caso, la pérdida de fuerza ejecutoria de un acto, no es causal de nulidad del mismo, en efecto la Corte Constitucional⁷ citando a esta Corporación⁸ ha manifestado que “la legalidad de los actos administrativos es un atributo que se predica de cada uno de ellos individualmente considerado y, por lo tanto, el fenómeno del decaimiento no opera automáticamente, ni produce su nulidad. Consecuentemente, al demandar la nulidad de un acto, el decaimiento no es una pretensión válida para su anulación”.

De otro lado, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que la nulidad de un acto general, si bien produce efectos retroactivos, no genera el restablecimiento automático de derechos particulares, en tanto la legalidad de los actos particulares sólo puede ser desvirtuada mediante sentencia judicial, así:

“En varias oportunidades la Sala ha explicado, con base en la jurisprudencia de la Sección Segunda de la Corporación⁹, que la nulidad de un acto general “no restablece automáticamente derechos de particulares, por cuanto cada determinación de alcance particular que haya adoptado la Administración, mantiene su presunción de legalidad, la cual solo puede ser desvirtuada por sentencia judicial, amén de lo cual debe afirmarse la nulidad de un acto general se produce para el mantenimiento de la legalidad abstracta y la de un acto particular, para el resarcimiento de un derecho subjetivo”¹⁰

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2007-00103-00 y número interno 1966-2007.

⁷ Sentencia C-1341 de 2000. Magistrada Ponente: Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto junio 28 de 1996, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁹ *Sentencia de 5 de diciembre de 2002. Consejero Ponente: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.*

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. María Elena Giraldo Gómez, auto del 17 de febrero de 2005, proceso con radicado 20001-23-31-000-2003-03192-01(28296)

Visto lo anterior, procede la sala a estudiar la legalidad del acto administrativo contenido en el Oficio 0239 del 14 de febrero de 2008, sobre este punto se considera que en el acceso a los cargos de carrera administrativa debe prevalecer el mérito y que no está justificado constitucionalmente establecer ventajas injustificadas a favor de un grupo de aspirantes, como lo es el hecho de que a pesar de la participación en la convocatoria de 1994, únicamente quienes aún fueran servidores de la entidad en el 2007, año en que fue proferida el acta, podían solicitar la inscripción en carrera administrativa de la Fiscalía, a juicio de la Sala este trato diferenciado, no es justificado constitucionalmente, pues el acceso a la función pública está determinado por el mérito, no por la condición de servidores de los participantes en la convocatoria.

El acto demandado al otorgar un trato preferente a los empleados nombrados en provisionalidad que superaron el concurso de méritos, frente a quienes si bien también lo superaron ya no eran servidores de la entidad, les concede a aquellos servidores una ventaja injustificada, que desconoce los derechos a la igualdad (art. 13 de la C.P), el acceso a cargos públicos (art. 40 num. 7 ídem) y el principio del mérito (art. 125 ídem).

Esa ventaja es injustificada, en cuanto 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 2004¹¹ establece en el título VI¹² que los derechos de carrera administrativa se generan por la superación del concurso de méritos y del período de prueba.

De manera que el Oficio 0239 de 2008 cuando niega por improcedente la solicitud del actor sobre su inscripción en carrera administrativa, porque no es servidor de la entidad, le impone un requisito no previsto constitucionalmente, ni en la ley, adicionalmente es un parámetro que no está relacionado con el mérito e implica una desventaja injustificada frente a quienes superaron el concurso de méritos en igualdad de condiciones y continuaban siendo servidores al momento de la expedición del Acta No. 060 de 2007.

¹¹ “Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”

¹² Este título regula el régimen de carrera de la Fiscalía General de la Nación.

Como se observa, en el presente caso, se aplica la misma ratio decidendi de la sentencia del 1 de noviembre de 2012¹³ en la que declaró la nulidad de la expresión servidores contenida en el numeral 2, subnumeral 1 del Acta No. 060 de 2007.

Los anteriores motivos llevan a la Sala a declarar la nulidad del Oficio 0239 de 2008, por desconocer la normatividad en que debía fundarse, en concreto los artículos 13, num. 7 del 40, 125 y el título VI Ley 938 de 2004 “Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”.

Establecida la nulidad del acto demandado, procede la Sala a estudiar la solicitud de i) restablecimiento del derecho del actor, consistente en el reintegro al cargo de Fiscal Local y el pago de salarios, prestaciones y emolumentos dejados de percibir y, de ii) reparación que comprende la indemnización del daño causado, de los perjuicios morales, objetivados y subjetivados, que se estimó en la suma de doscientos millones de pesos (\$200.000.000).

En primera medida resalta la Sala que de la nulidad del acto demandado, no se deriva el restablecimiento del derecho requerido por el accionante, esto en tanto, el oficio que negó por improcedente la solicitud, se bien se refirió la inscripción en carrera administrativa, no estudió de fondo el derecho del actor, de modo que de la nulidad del acto demandado, no se configura el derecho del demandante a ser reintegrado, ni al pago de los salarios dejados de percibir.

De otro lado, la entidad accionada, al pronunciarse en este proceso sobre el derecho solicitado por el actor, manifestó en los alegatos de conclusión (fls. 124 128) que aquél está incurso en las causales de exclusión 2.2 y 2.11 del Acta 60 de 2007, que impiden su inscripción en el Registro Único de Inscripción en carrera, las cuales indican:

2.2 Nombrados luego de su participación en etapas no previstas en la convocatoria nacional de enero de 1994 (a las que se les ha denominado “de repechaje”).

2.11 Los que han demandado a la entidad en procura de la nulidad de la resolución que declaró insubsistente del (sic) nombramiento o de la respuesta negativa a solicitudes de inscripción en el régimen de carrera y sus pretensiones fueron denegadas mediante sentencia judicial ejecutoriada.

¹³ En el numeral II de esta sentencia se realizó la síntesis del citado fallo.

La Sala observa respecto de los antecedentes de la causal 2.2¹⁴, en el acta 60 de 2007 que allí se señaló:

“(...) el señor Presidente de la Comisión dijo “hemos analizado de todo”. Agregó que se han hecho diferentes reuniones en las que se llegó a la conclusión que sí fue un verdadero concurso el de 1994 y desde hoy se le reconoce valor de concurso sólo que se implementará en forma personal e individual. Se preguntó hasta dónde se le puede crear una exclusión hoy, si se implementa hacia el futuro, de esta manera se consagraría una excepción que el acto administrativo [acta 17 de 2000] no tenía y no tuvo en su momento, porque se habló de los concurso del 94, sin referirse a los que empezaron en primera vuelta o los que pasaron segunda vuelta ...

(...) el doctor José Freddy Restrepo expresó que estaba allanado al tema del repechaje y del concurso Medellín. Manifestó que la opinión que tiene frente al tema es que no solamente se la propuesta como administración de implementar el acta 17, sino que se ratifica la decisión que se tomó en dicha acta, analizadas todas las condiciones jurídicas el concurso del 94 sobre la base de reconocerle derechos de carrera a quienes superaron un proceso de selección conforme a las reglas primigenias que el mismo tuvo, porque las deformaciones que después la administración le hayan introducido a instancias de los participantes, hace que se desvirtúe el proceso concursal porque la jurisprudencia es prolija en el sentido que no puede la administración modificar las reglas de un concurso que fueron definidas desde su inicio.

El concepto de la doctora Sonia Stella es que se le den plenos derechos de carrera a quienes superaron el concurso con las reglas inicialmente establecidas y que fueron seleccionados de esa manera.

(...)

El doctor Mendoza, expresó su inconformidad con la posibilidad de reconocer derechos de carrera a los participantes de las pruebas de repechaje, dada su debilidad jurídica. Enfatizó el doctor Orejarena que no lo acompaña en su observación sobre el repechaje porque no se puede sostener jurídicamente.”

Así las cosas es claro que en el acta 60 se concluyó que el “repechaje” fue una etapa no prevista inicialmente en la convocatoria de 1994, de modo que quienes participaron en aquella “segunda vuelta” no podían ser inscritos en carrera administrativa, como en el caso del actor.

Sobre la modificación de las reglas iniciales de los concursos de méritos, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que en el actuar de la administración, ésta desde el comienzo fija las bases del concurso de méritos, reglas que son

¹⁴ En las actas aportadas al proceso no se encontraron antecedentes de la causal 2.11

obligatorias para la entidad y los participantes, por tanto ésta debe respetarlas, de modo que no puede actuar de forma discrecional al realizar la selección, así lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia T-095-02¹⁵

Así, el acatamiento de las bases de la convocatoria o las reglas iniciales, es una constante en la jurisprudencia constitucional, como se observa en la sentencia C-1040 de 2007, en la cual se considera que las “bases del concurso deben respetarse de principio a fin. La modificación de los criterios de calificación transforma las reglas aplicables al concurso que son las que deben regir hasta el momento de su culminación... En distintas ocasiones la Corte Constitucional ha considerado que el cambio de las reglas de juego de los concursos para provisión de cargos públicos constituye vulneración de los derechos fundamentales de los aspirantes”.

En este orden de ideas, considera la Sala que la exclusión prevista en el numeral 2.2 del Acta 60 de 2007, consistente en que no se pueden otorgar derechos de carrera a quienes no participaron de conformidad con las bases iniciales de la convocatoria, se aviene a las reglas de los concursos de méritos y es proporcionada con el objeto del acta, esto es, regular la situación de quienes participaron de acuerdo a las condiciones primigenias del concurso de 1994 y superaron el proceso de selección para así proceder a inscribirlos en carrera administrativa.

Lo anterior, en tanto desde un comienzo, en el concurso no se indicó que se efectuaría una segunda vuelta o repechaje.

Respecto de la segunda causal, es claro que también se configura porque el actor demandó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la nulidad del acto que lo declaró insubsistente del cargo de Fiscal Local y en segunda instancia, la Sección Segunda de esta Corporación le negó las pretensiones de la demanda, hechos que fueron expuestos por el accionante en la demanda y confirmados por la entidad demandada en los alegatos de conclusión.

¹⁵ En esta providencia se citó la sentencia T- 256 de 1995, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell y se indicó que en el mismo sentido se pueden ver T- 298 de 1995, T- 325 de 1995 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, T- 433 de 1995, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

En este orden de ideas, se concluye que no se puede acceder al restablecimiento del derecho solicitado por el señor Vicioso Jiménez, en cuanto se configuran las causales de exclusión señaladas por la entidad accionada.

Finalmente, en lo que toca con la solicitud de reparación, consistente en la indemnización del daño causado, y el pago de los perjuicios morales, objetivados y subjetivados, de un lado se precisa que la parte no acreditó cuál fue el daño que sufrió en razón de la ilegalidad del acto, de otro lado, dentro del régimen de responsabilidad del Estado, previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, se precisa que el daño imputable a la administración debe ser antijurídico, es decir, la persona no tenía la obligación de soportarlo.

Así las cosas se insiste en que no se puede confundir el hecho que genera el daño, que en este caso sería la ilegalidad del acto demandado, con el daño en sí mismo, el cual debe ser acreditado por el actor. Esta distinción está plasmada en el artículo 90 ídem así:

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.
(...)”

En el presente caso, aunque el actor solicita la reparación del daño, no prueba cuál fue el daño imputable a la administración, bajo este entendido, no es procedente la solicitud de reparación pues la sola ilegalidad del acto no configura la existencia de un daño indemnizable, pues se debe acreditar que el daño fue antijurídico, que es imputable a la administración y que hay un nexo causal entre el hecho y el daño

En lo atinente al reconocimiento del pago de los perjuicios morales¹⁶, evidencia la Sala que el actor podía acudir a cualquier medio de prueba para acreditar la existencia de la afectación, no obstante en el expediente no obra ningún elemento que permita al juez determinar la configuración de los perjuicios solicitados. En este sentido esta Sala ha manifestado:

¹⁶ “*En su forma más simple, atienden el cubrimiento de la lesión de los sentimientos, situaciones dolosas, o menoscabo o deterioro de la integridad afectiva o espiritual dentro de determinado límite que no transvase a lo patológico*”. Enrique Gil Botero, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, 4ta edición, Edit. Ibáñez, Bogotá, 2010, pág.190.

“Finalmente, la Sala negará el reconocimiento y pago de los perjuicios morales, solicitados por la demandante, pues no fue probado dentro del plenario la presencia de un daño que deban ser indemnizados patrimonialmente. Sobre el particular debe reiterarse que el daño para que pueda ser indemnizado debe ser antijurídico cierto y concreto; por ello, es un imperativo que quien alegue sufrirlo, debe probarlo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil- “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, circunstancia que se repite no se observó en el caso concreto.”¹⁷

Así las cosas, se revocará la sentencia de primera instancia, en su lugar se declarará la nulidad del Oficio 0239 de 14 de febrero de 2008, pero no se accederá a las peticiones de restablecimiento del derecho y a la reparación solicitadas por la parte actora.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 2 de diciembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido por el señor Gabriel Enrique Vicioso Jiménez contra la Nación, Fiscalía General de la Nación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar se dispone:

PRIMERO.- DECRETÁSE la nulidad del Oficio 0239 de 14 de febrero de 2008 expedido por la oficina de personal de la Fiscalía General de la Nación, en el que negó por improcedente la solicitud de inscripción en el régimen de carrera.

SEGUNDO.- NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 13 de septiembre del 2012, proceso con radicado No. 760012331000200700481 01 y número interno 1604-2009.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Una vez ejecutoriada la sentencia, devuélvase al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ