

LISTA DE ELEGIBLES EN LA FISCALIA GENERAL DE LA REPUBLICA – No se conforma para proveer cargos no convocados / ACTO DE RETIRO DE FISCAL DELEGADO ANTE TRIBUNAL SUPERIOR EN PROVISIONALIDAD - Falsa motivación, por nombrarse el reemplazo de lista de elegibles de concurso de meritos que no convocó para dicho cargo

De las consideraciones que se invocaron como fundamento en los actos demandados, se puede establecer que la terminación del nombramiento provisional de la demandante, tuvo como objeto nombrar en periodo de prueba a un integrante de la lista en un cargo que no fue sometido al concurso de méritos mediante la Convocatoria 004 de 2007; lo que configura la violación de las normas que rigen el concurso y conlleva la nulidad del acto. La Sala debe precisar que si bien la vinculación de la demandante en el empleo de Fiscal delegada ante Tribunal Superior del Distrito de Ibagué era en provisionalidad, también lo es que la motivación del acto que la desvinculó se torna falsa, en cuanto si bien se estaba haciendo uso de una lista de elegibles, dicha lista no se conformó con el objeto de proveer el empleo que ella desempeñaba, sino los 52 empleos que se ofertaron en la Convocatoria, dentro de los que no estaba el ocupado por la demandante y por lo tanto, no se podía hacer uso de la lista, cuando ya se había agotado el objeto que dio lugar a su conformación.

FUENTE FORMAL: CONVOCATORIA 004 DE 2007 / LEY 938 DE 2004 – ARTICULO 62 / LEY 909 DE 2004 – ARTICULO 31

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUB SECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00706-01(1769-13)

Actor: ALICIA MARTINEZ BARRAGAN

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

**APELACIÓN SENTENCIA
AUTORIDADES NACIONALES**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 5 de febrero de 2013 por el Tribunal Administrativo del Tolima.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, Alicia Martínez Barragán solicita al Tribunal declarar parcialmente nulas las Resoluciones Nos. 0-1479 de julio 2 de 2010 y 0-1601 de julio 21 de 2010, en cuanto dieron por terminado su nombramiento en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación.

Como consecuencia de tal declaración pide ordenar su reintegro al cargo que desempeñaba o a otro de superior categoría, siempre que no implique condiciones menos favorables; disponer el pago de las sumas correspondientes a sueldos, primas, prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos dejados de recibir en el cargo que ocupaba, así como los incrementos legales ordenados desde su desvinculación hasta cuando se haga efectivo el reintegro; indexar las sumas debidas; reconocer y pagar daños y perjuicios en cuantía de doscientos salarios mínimos legales mensuales, a causa del retiro injustificado; pagar los gastos médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, medicinas, exámenes de laboratorio en que incurrió durante la separación del cargo, así como las cotizaciones a seguridad social en salud y pensiones durante el mismo tiempo; declarar que para todos los efectos legales no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio y ordenar el cumplimiento de la sentencia en los términos previstos en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Como hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones, la demandante relata los que se resumen a continuación:

Se vinculó a la rama judicial y en ella ha desempeñado diferentes

cargos desde el 15 de septiembre de 1983.

Su incorporación en la Fiscalía General se produjo el 1º de julio de 1992, para laborar como Jefe de la Unidad Seccional de Fiscalía Única de Vida grado 19 en la ciudad de Ibagué.

Mediante Resolución No. 088 de octubre 20 de 1997 fue inscrita en el escalafón de carrera de la Fiscalía en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de la Dirección de Fiscalías de Ibagué.

A partir del 30 de abril de 1998 se desempeñó como Jefe de la Unidad Primera de Vida, Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la misma seccional; mientras permaneció en dicho cargo, fue encargada en varias oportunidades como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Ibagué y mediante Resolución No. 000218 de febrero 18 de 2008 se le encargó como Directora Seccional de Fiscalías en esa seccional, encargo de que también fue objeto mediante Resolución No. 000349 de marzo 17.

Debido a su trayectoria y compromiso institucional, mediante Resolución No. 0-4174 de julio 4 de 2008 fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito, dependiente de la Dirección Seccional de Fiscalías de Montería y en virtud de la Resolución No. 2-3053 fue trasladada como Fiscal ante el Tribunal del Distrito de Ibagué.

Estando en ejercicio del cargo anterior, se le encargó como Directora Seccional de Fiscalías de Ibagué mediante Resoluciones Nos. 2-0566 de marzo 13 de 2009 y 00599 de junio 1º del mismo año.

El 28 de diciembre de 2009 le fueron asignadas funciones como Jefe de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué.

Mediante Resolución No. 0-1479 de julio 2 de 2010, el Fiscal General de la Nación dio por terminado el nombramiento provisional, sin tener en cuenta su hoja de vida y larga trayectoria, a pesar de no estar incluida en nómina de pensionados y adujo como argumento el de garantizar el ingreso a quienes por mérito obtuvieron el derecho a ser nombrados en periodo de prueba, y con el fin de garantizar sus derechos de carrera le ordenó reasumir sus funciones como Fiscal delegado ante los Jueces del Circuito, desconociendo su status de prepensionada.

El 9 de agosto de 2010 se expidió la Resolución No. 0349, en la que se informó que su ubicación como Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito se haría en la Unidad de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico, cargo del cual prefirió apartarse porque sus condiciones laborales fueron desmejoradas y se afectó su mínimo vital.

A causa de la situación antedicha, se ha enfrentado a un viacrucis para obtener el reconocimiento de su pensión de jubilación, cuyos pormenores relata de folios 208 a 209.

Su desvinculación como Fiscal Sexto Delegado ante el Tribunal de Ibagué se produjo para que en su reemplazo se nombrara a quien ocupó el puesto 83 de la lista de elegibles de la convocatoria 004 de 2007; sin embargo, la convocatoria tuvo como finalidad cubrir 52 cargos que estaban por proveer, los

cuales fueron provistos desde el 19 de abril de 2010; por lo tanto, no era viable su desvinculación, máxime cuando tenía la condición de prepensionada y estaba garantizada por el retén social.

Las anteriores circunstancias dieron lugar a que acudiera a la acción de tutela que fue conocida por el Tribunal Administrativo que en sentencia de septiembre 30 de 2010 amparó sus derechos y ordenó su reintegro al mismo cargo.

Si antes de proveer legalmente los cargos sometidos a concurso se hubiera analizado acuciosamente su hoja de vida, la entidad se habría percatado de su trayectoria e impecable hoja de vida, experiencia, capacidad e idoneidad en el servicio y no la hubiera retirado para nombrar en su reemplazo a quien ocupó el puesto 83 de la lista.

La Resolución No. 0-1479 de julio 2 de 2010 viola sus derechos al mínimo vital, el trabajo, la estabilidad laboral, la seguridad social, el debido proceso y la igualdad porque no existe criterio para adoptar tal decisión de modo que no se violaran sus derechos fundamentales.

Es una persona en edad de pensión, que no tiene condiciones aptas para buscar otro empleo y no cuenta con ingresos diferentes a los que recibe de su relación laboral, razón por la cual se le debió permitir continuar vinculada al cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué hasta que se produjera su retiro del servicio, una vez Cajanal expidiera la resolución de reconocimiento pensional.

La entidad conocía su condición de prepensionada, toda vez que la había puesto en conocimiento y prueba de ello se observa en el oficio de julio 29 de 2010 mediante el cual la Jefe de la Oficina de Personal de la Fiscalía General de la Nación le dio a conocer un comunicado que la entidad le envió al Gerente Liquidador de Cajanal a fin de agilizar el reconocimiento de su prestación.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal denegó las súplicas de la demanda.

Adujo que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el principio del mérito es el que principalmente se utiliza para seleccionar a los empleados públicos; que dentro del régimen especial de carrera de la Fiscalía General de la Nación mediante Decreto Ley 2699 de 1991 se consagró el régimen de ingreso, permanencia y ascenso de sus funcionarios y empleados y en su artículo 73 autorizó de manera excepcional la vinculación en provisionalidad y mediante la Ley 938 de 2004 se expidió el Estatuto Orgánico de tal entidad.

Se refirió a las múltiples oportunidades en que la Corte Constitucional ha considerado la necesidad de motivar los actos administrativos mediante los cuales se declara la insubsistencia de un nombramiento provisional.

Sostuvo que la estabilidad de la demandante en el empleo que ocupaba en provisionalidad era relativa y el acto de desvinculación de tal cargo se motivó en la existencia de una lista de elegibles en firme, que debía ser utilizada no solo para cubrir los cargos ofertados en el concurso, sino todos aquellos de la misma denominación que estuvieren vacantes en forma definitiva.

Adujo que en el expediente no hay prueba de que la demandante hubiera presentado proceso de selección de personal para acceder por mérito al cargo que desempeñaba como Fiscal ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial o que estuviera inscrita en carrera judicial en dicho empleo, lo que implica que la administración actuó legalmente al dar por terminado su nombramiento provisional en virtud del mérito y de la aplicación de la lista de elegibles.

En cuanto a la protección de prepensionada, que en garantía del retén social se le debió salvaguardar, aseguró que dicho amparo está concebido para los empleados que se encuentran en dicha condición y la entidad en que laboran afronta un proceso de reestructuración y no es el caso analizado; sin embargo, precisó que en todo caso, dicha figura tiene el objeto de garantizar que la persona que está próxima a pensionarse no sea desvinculada del servicio a fin de que pueda continuar cotizando y acceder a la pensión, situación que tampoco ocurre en el caso de la demandante, a quien se le garantizó el derecho a continuar en el servicio, pero en el cargo del que era titular en carrera judicial y no puede pretender hacer uso de esa garantía, con el propósito de que su mesada pensional sea calculada con base en el salario más alto recibido, debido al régimen que la cobija, en detrimento de la persona que tenía derecho a ser nombrada en el cargo por el que concursó y respecto del que la demandante solo tenía un nombramiento provisional.

LA APELACIÓN

Inconforme con la sentencia del Tribunal, el apoderado de la demandante la apeló en la oportunidad procesal. Afirma que la argumentación con la que el a quo sustentó su tesis, no tiene fundamentación en la realidad procesal, pues insiste que el concurso de méritos convocado por la Fiscalía General de la

Nación tuvo por objeto proveer 52 cargos de Fiscal Delegado ante Tribunal Superior de Distrito Judicial, los cuales se proveyeron en el mes de abril de 2010, es decir, ya se había completado con antelación la provisión de los cargos sometidos a concurso y ello implica que quien entró a sucederla no lo hizo en periodo de prueba, sino en provisionalidad.

Reitera que al momento en que se produjo su desvinculación tenía consolidado el derecho pensional, pero la entidad de provisión aún no lo había reconocido, a pesar de haber sido requerido por la entidad demandada; sin embargo, dicha consideración no se tuvo en cuenta con antelación a la decisión de la remoción de su cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal.

Considera que de conformidad con jurisprudencia de esta Corporación, la entidad demandada no podía extender los alcances de la Convocatoria 004 de 2007 para proveer otras vacantes diferentes a las ofertadas mediante ella y que una vez agotada la lista, por haber cubierto las 52 plazas sometidas a concurso, los demás concursantes incluidos en la lista solo tenían una mera expectativa de ser nombrados en el evento de que alguno de esos 52 empleos nuevamente quedara vacante, pues el concurso solo se convocó para proveer dichos empleos.

Así las cosas, asegura que la entidad desbordó sus competencias y los efectos de la Convocatoria 004 de 2007, lo que configura la ilegalidad de la decisión que terminó su nombramiento provisional.

MINISTERIO PÚBLICO

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el Procurador Segundo ante esta Corporación rindió concepto¹ en el que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia. Dijo, en síntesis, lo siguiente:

La Fiscalía General de la Nación tiene un régimen propio de carrera que es administrado en forma autónoma y está sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios.

Si bien es cierto la Ley 790 de 2002 en su artículo 12 estableció una protección especial a aquellas personas que estuvieran en especiales circunstancias, entre ellas, las que cumplieran la totalidad de requisitos de edad y tiempo de servicios para disfrutar de su pensión, también lo es que dicha protección no aplica cuando se trata de proveer un cargo con nombramiento en periodo de prueba, producto de un concurso de méritos; por lo tanto, la administración sí estaba facultada para terminar el nombramiento de la demandante, máxime cuando a ésta le fue garantizada su estabilidad en el empleo del que era titular, del que renunció voluntariamente, porque consideraba que la desmejora salarial la afectaba para efectos pensionales.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad de las Resoluciones Nos. 0-1479 y 0-1601 de julio 2 y julio 21 de 2010, respectivamente, mediante las cuales se dieron por terminados unos nombramientos provisionales y se efectuaron unos

¹ El concepto obra de folios 451 a 456 del expediente.

nombramientos en periodo de prueba.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente se puede establecer que la demandante fue inscrita en el escalafón de carrera judicial en el cargo de Juez de Instrucción Criminal, mediante Resolución No. 159 de diciembre 14 de 1988².

Teniendo en cuenta la homologación ordenada en el Acuerdo No. 042 de marzo 14 de 1996, conforme a la incorporación efectuada a la demandante en virtud del artículo 65 del Decreto 2699 de 1991, fue inscrita en el escalafón de carrera de la Fiscalía General de la Nación en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito, mediante Resolución No. 088 de octubre 20 de 1997³.

Durante su labor en la Fiscalía General de la Nación, la demandante ocupó diferentes cargos, por encargo o nombramiento en provisionalidad⁴.

La demandante fue nombrada en el cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal de Distrito, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Montería, mediante Resolución No. 0-4174 de julio 4 de 2008, del cual tomó posesión el 10 de julio del mismo año⁵ y fue trasladada como Fiscal ante el Tribunal Superior de Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Ibagué, mediante Resolución No. 2-3053 de diciembre 9 de 2008⁶.

² Folio 200.

³ Folios 196 a 199.

⁴ Como consta en las pruebas aportadas de folios 123 a 195 del expediente.

⁵ Según consta en las documentales de folios 4 a 6.

⁶ Folio 7.

En virtud de la Resolución No. 0 -1479 de julio 2 de 2010⁷ el Fiscal General de la Nación dio por terminados unos nombramientos provisionales, entre ellos el de la demandante, quien se desempeñaba como Fiscal ante Tribunal de Distrito de Ibagué.

Mediante Resolución No. 0 -1601 de julio 21 de 2010⁸ el Fiscal General de la Nación dio por terminados unos nombramientos y además nombró en periodo de prueba a quienes aprobaron todas las etapas del concurso de méritos, según Convocatoria 004-2007 y en el cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal Superior de Ibagué nombró al señor Jorge Rigoberto Villareal Ocaña.

Teniendo en consideración lo anterior, mediante Oficio 002841 de agosto 6 de 2010⁹, se le informó a la demandante que el cargo como Fiscal Delegado ante el Tribunal lo desempeñaría hasta el 8 de agosto del mismo año, razón por la cual debía reasumir sus funciones del cargo en propiedad, como Fiscal ante los Jueces del Circuito, en virtud de lo dispuesto mediante Resolución No. 0-1479.

Consecuente con lo anterior, el Director Seccional de Fiscalías de Ibagué expidió la Resolución No. 0349 de agosto 9 de 2010¹⁰ mediante la cual ubicó a la demandante en la Unidad de Fiscalía de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico con sede en Ibagué, como fiscal 18, a partir de la misma fecha de expedición de la resolución.

⁷ Folios 8 a 12.

⁸ Folios 13 a 17.

⁹ Visible a folio 18.

¹⁰ Folio 122.

Como consecuencia de la anterior decisión, la demandante instauró acción de tutela, que fue resuelta favorable mediante sentencia de septiembre 30 de 2010 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹¹, en la que se ordenó su reincorporación al servicio en el cargo de Fiscal Delegada ante el Tribunal del Distrito de Ibagué.

El objeto del recurso de apelación se circunscribe a cuestionar el hecho de que la Fiscalía General de la Nación hubiera hecho uso de la lista de elegibles producto de la Convocatoria 004 de 2007, para cubrir más vacantes de las ofertadas en dicho proceso, en cuanto tal decisión redundó en la terminación del nombramiento provisional de la demandante en el empleo de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito de Ibagué toda vez que dicha decisión afectó su condición de prepensionada y afectaba su mesada pensional.

En primer lugar, la Sala abordará el tema de la utilización de la lista de elegibles producto de la Convocatoria 004 de 2007, para proveer el cargo que la demandante ostentaba en provisionalidad, en los siguientes términos:

La Convocatoria No. 004 de 2007 se propuso con el objeto de proveer, entre otros, 52 cargos de Fiscal ante Tribunal de Distrito a nivel nacional, como consta a folios 200 y 201 del cuaderno 2 de pruebas.

No obstante, en la contestación de la demanda, el apoderado de la entidad demandada, sostuvo que cualquier persona que se encuentre en provisionalidad ocupando un cargo de carrera puede ser desplazado por una persona que se encuentre en el listado de elegibles y el único criterio que opera es

¹¹ Folios 19 a 38.

dar cumplimiento a la lista de elegibles y nombrar a la persona que se encuentre en turno para ser nombrada¹².

Sin embargo, para hacer uso de la lista de elegibles producto de la convocatoria citada, es necesario ceñirse a las reglas de la convocatoria, tal como lo ordena el artículo 62 de la Ley 938 de 2004 “por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, que consagra:

“Artículo 62. La convocatoria. **Es norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección** y se divulgará conforme lo establezca el reglamento que expida la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación. Se hará en forma periódica cada dos (2) años o cuando el Registro de Elegibles se agote.”

De conformidad con la disposición trascrita, la convocatoria es norma obligatoria y regula todo el proceso de selección, incluyendo obviamente lo relativo a la provisión de cargos que fueron objeto de concurso.

Ahora bien, en torno al tema de la provisión de empleos, con la lista producto de un concurso de méritos, la Ley 909 de 2004 en su artículo 31 dispone:

“ARTÍCULO 31. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO. El proceso de selección comprende:
(...)
4. Listas de elegibles. **Con los resultados de las pruebas** la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, **elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.**” (Resalta la Sala).

En torno a la posibilidad de emplear la lista de elegibles para proveer

¹² Tal manifestación obra a folio 298 del expediente.

vacantes diferentes a las sometidas a concurso, en el marco de la referida convocatoria, esta Corporación ha considerado:

“En el asunto objeto de estudio los cargos que se tenían que proveer mediante concurso eran 52 Delegados ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial y ante la existencia de otras vacantes en dichos cargos la entidad no podía extender los alcances de la Convocatoria 004-2007.

Con el registro de elegibles se termina el concurso de méritos el cual estaba restringido a las normas reguladoras y obligatorias que contienen las convocatorias 01 a 06 de 2007, las cuales limitan el número y los cargos en ellas determinados, pues es a partir del registro que se procede a efectuar la provisión de las vacantes para las que se realizó el concurso, es decir, si de esos 52 cargos provistos mediante concurso se originan vacantes, se debe recurrir al registro de elegibles constituido para proveer las mismas.

Al haberse efectuado por parte de la entidad demandada los 52 nombramientos de Fiscales Delegados ante Tribunal Superior que fueron objeto de la convocatoria N° 004-2007, se agotó el concurso y por esa razón no podía la entidad designar otras personas incluidas en el registro de elegibles para proveer los cargos que se encontraban vacantes en la entidad, pues el concurso se había agotado y el registro sólo podía suplir las vacantes de los 52 cargos que fueron materia de la convocatoria.”¹³

“Bajo estos supuestos, estima la Sala que la Fiscalía General de la Nación claramente excedió el registro de elegibles, producto de la Convocatoria 004-2007, al realizar nombramientos en 43 cargos que no fueron ofertados en la citada convocatoria. En este sentido, resulta evidente que la Fiscalía no se limitó, como lo ordenaba la Convocatoria 004-2007, a proveer los 52 cargos de Fiscal ante Tribunal de Distrito si no que, por el contrario, retiró del servicio a funcionarios vinculados en provisionalidad para designar en su reemplazo personas, que como el señor Demóstenes Camargo de Avila, habiendo ocupado el puesto 84, se encontraban por fuera del registro de elegibles, en tanto que cómo quedó visto sólo habían sido ofertados 52 cargos en la convocatoria.

En este punto, la Sala reitera lo expresado en el acápite número I, de las consideraciones de esta providencia, en cuanto que el registro de elegibles producto de las convocatorias de 001,

¹³ Fallo de tutela de agosto 5 de 2010, Radicación número: 18001-23-31-000-2010-00239-01(AC), Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón.

002, 003, 004, 005 y 006 de 2007 de la Fiscalía General de la Nación únicamente podía ser utilizado para proveer los cargos ofertados por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera en el año 2007.”¹⁴

Dicha interpretación fue convalidada por la Corte Constitucional en sentencia SU-446 de 2011, en la que se consideró:

“4. En consecuencia, la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y los principios que rigen la función pública, artículo 209 de la Constitución, específicamente los de igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, en donde la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una vigencia en el tiempo que, por regla general, es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad y en relación con los cargos **específicamente convocados y no otros**, se puedan proveer de forma inmediata sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad.

La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombradas en el cargo para el que concursó, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñado por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad. En ese sentido, la consolidación de este derecho “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer” [46].

Es importante señalar, entonces, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso **y no para otros**, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: **el de las plazas a proveer**. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar **sólo** las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados.”

Con fundamento en las disposiciones y jurisprudencia trascrita,

¹⁴ Fallo de tutela de enero 27 de 2011, Radicación número: 23001-23-31-000-2010-00569-01(AC), Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

unificada tanto en las dos subsecciones de la sección segunda de esta Corporación como en la Corte Constitucional, se sostiene que el objeto de la Convocatoria 004 de 2007 de la Fiscalía General de la Nación, tenía por objeto someter a concurso de méritos 52 empleos de Fiscal Delegado ante Tribunal Superior y por lo tanto, con la lista de elegibles producto de dicho concurso, únicamente podrían proveerse esos 52 empleos y no otros que a la fecha de elaboración de la lista o con posterioridad a ella estuvieren vacantes en la entidad o provistos en provisionalidad.

De las consideraciones que se invocaron como fundamento en los actos demandados, se puede establecer que la terminación del nombramiento provisional de la demandante, tuvo como objeto nombrar en periodo de prueba a un integrante de la lista en un cargo que no fue sometido al concurso de méritos mediante la Convocatoria 004 de 2007; lo que configura la violación de las normas que rigen el concurso y conlleva la nulidad del acto.

La Sala debe precisar que si bien la vinculación de la demandante en el empleo de Fiscal delegada ante Tribunal Superior del Distrito de Ibagué era en provisionalidad, también lo es que la motivación del acto que la desvinculó se torna falsa, en cuanto si bien se estaba haciendo uso de una lista de elegibles, dicha lista no se conformó con el objeto de proveer el empleo que ella desempeñaba, sino los 52 empleos que se ofertaron en la Convocatoria, dentro de los que no estaba el ocupado por la demandante y por lo tanto, no se podía hacer uso de la lista, cuando ya se había agotado el objeto que dio lugar a su conformación.

En las anteriores condiciones, se dispondrá la anulación de los actos

demandados, en cuanto terminaron el nombramiento provisional de la demandante y se nombró a quien entraría a sucederla en dicho cargo y se ordenará el reconocimiento y pago de todos los salarios y prestaciones dejados de recibir durante su desvinculación, debidamente actualizados, sin perjuicio del descuento de los valores que por los mismos conceptos se hubieran reconocido a su favor, en virtud del reintegro ordenado mediante el fallo de tutela que amparó derechos a su favor¹⁵.

No hay lugar a reconocer el pago de los daños y perjuicios, ni los gastos médicos y hospitalarios a que aluden los numerales 1.4 y 1.5 de la demanda, en cuanto no se probó la causación de los mismos.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia de febrero 5 de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por Alicia Martínez Barragán contra la Fiscalía General de la Nación. En su lugar se dispone:

1).- DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones Nos. 0-1479 de julio 2 de 2010 y 0-1601 de julio 21 de 2010 expedidas por el Fiscal General de la Nación, en cuanto se terminó el nombramiento provisional de la demandante Alicia

¹⁵ Folios 19 a 39.

Martínez Barragán y se nombró a quien entraría a sucederla en el empleo de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué, de conformidad con lo manifestado en las consideraciones de esta providencia.

2).- A título de restablecimiento del derecho, la Fiscalía General de la Nación deberá reintegrar a la señora Alicia Martínez Barragán al cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Ibagué o a otro de igual o superior jerarquía.

Así mismo, deberá reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha de la desvinculación y hasta que se haga efectivo el reintegro, sin perjuicio del descuento a que haya lugar con ocasión de los pagos que por los mismos conceptos se hubieran efectuado en cumplimiento del fallo de tutela a que aluden las consideraciones de esta providencia; de igual manera se deberán realizar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en salud y pensiones durante el tiempo en que permaneció la desvinculación.

3).- DECLÁRASE que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de la señora Alicia Martínez Barragán.

4).- La suma que se debe pagar a favor de la demandante, se actualizará en la forma como se indica en esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante durante el tiempo en que mantuvo desvinculada en virtud de los actos acusados, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

La Fiscalía General de la Nación dará cumplimiento a este fallo dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A. y observará lo dispuesto en el inciso final del artículo 177 ibídem, y el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

5) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO