

**CONCURSO DE MERITOS FISCALIA GENERAL DE LA NACION – Cargos convocados / FISCALIA GENERAL DE LA NACION – Programa de reducción de planta de personal / CONCURSO DE MERITOS FISCALIA GENERAL DE LA NACION – No puede extenderse a cargos no ofertados en las convocatorias. Se agota al nombrarse los cargos objeto de las convocatorias**

Mediante Convocatoria N° 004 de 2007, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera, en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 60 de la Ley 938 de 2004, llamó a concurso público para proveer 52 cargos a nivel nacional de Fiscal ante Tribunal de Distrito. Durante la época de la convocatoria (septiembre de 2007) se encontraba vigente un programa de reducción gradual de la planta de personal, que obligaba a la entidad a sacar a concurso sólo los cargos con los que contaría definitivamente, es decir, únicamente convocó para el número de cargos proyectados al finalizar la reducción. (Artículo 78 y transitorio 1° de la Ley 938 de 2004). En virtud de la expedición del Decreto 122 de 2008 que modificó la planta de personal de la entidad, creando algunos cargos transitorios y otros definitivos, el programa de reducción de planta se suspendió, pues el mencionado decreto derogó la norma que consagraba reducción gradual de la misma para los años 2006 a 2008. Para ese momento, es decir, enero de 2008, no era posible modificar las convocatorias que ya habían sido publicadas, razón por la que quedaron muchos cargos por fuera del concurso. La Comisión Nacional de Carrera Administrativa de la Fiscalía General de la Nación, el 9 de septiembre de 2007, citó a concurso de méritos, diferentes cargos de la Fiscalía a través de las convocatorias públicas abiertas Nos. 001-2007 Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito, 003-2007 Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito Especializado, 004-2007 Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito (52 cargos) 005-2007 Asistente de Fiscal I, II, III, IV y 006-2007 Asistente Judicial IV, para un total de 4.697 cargos que se encontraban ocupados en provisionalidad. 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. Lo anterior significa que respecto de los demás cargos no existe concurso y por esa razón es que la entidad debía designar sólo a los registrados que se encontraban en los primeros lugares hasta completar las 52 vacantes materia de la convocatoria. En consecuencia, se confirmará la decisión del Tribunal que amparó el derecho al trabajo del actor, ordenó al Fiscal General de la Nación abstenerse de proveer el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Florencia con personas que ingresaron al registro de elegibles conformado en virtud de la Convocatoria N° 004-2007, hasta tanto se surta un nuevo concurso o se presenten circunstancias que ameriten su remoción por cualquier otra causa y levantó la medida provisional decretada en auto de 11 de junio de 2010, consistente en prorrogar el término con

el que contaba el actor para aceptar la designación como Fiscal Seccional hasta que se prohiriera pronunciamiento.

**FUENTE FORMAL:** LEY 938 DE 2004 - ARTICULO 78 / LEY 938 DE 2004 –  
ARTICULO TRANSITORIO 1° / DECRETO 122 DE 2008

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el concurso de méritos en la Fiscalía General de la Nación: Corte Suprema de Justicia, sentencia de 4 de febrero de 2010, Rad. T-45366.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

#### **SUBSECCION “A”**

**Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON**

Bogotá D.C., cinco (5) de agosto del dos mil diez (2010).

**Radicación número: 18001-23-31-000-2010-00239-01(AC)**

**Actor: MARIO ENRIQUE AFANADOR ARMENTA**

**Demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**

Decide la Sala la impugnación formulada por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia proferida el 25 de junio de 2010 por el Tribunal Administrativo del Caquetá.

## **ANTECEDENTES**

El señor Mario Enrique Afanador Armenta, presentó acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación – Comisión de Carrera, con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral, igualdad, seguridad jurídica y debido proceso, amenazados con la eventual ejecución de algunas decisiones de tutela.

Los hechos que sirven de fundamento a la presente acción son los siguientes:

La Fiscalía General de la Nación adelantó las convocatorias públicas para proveer cargos de carrera administrativa en la entidad, fijando para el efecto las reglas del concurso público, entre ellas el número de plazas o empleos a proveer con las convocatorias públicas. Las reglas del concurso en relación con los fiscales delegados ante el Tribunal, dispusieron que se pretendían llenar 52 empleos, las cuales fueron aceptadas por cada uno de los participantes.

Si bien la Fiscalía cuenta con una carrera administrativa especial, a ella se aplican en forma complementaria las disposiciones del sistema general de carrera contenidas en la Ley 909 de 2004.

Con base en algunas decisiones de tutela proferidas por un sector de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y contrarias a otras proferidas por otro sector de la misma Sala, se pretende modificar las reglas del concurso, para extender la aplicación de la lista de elegibles a un número mayor de empleos de los convocados.

Actualmente ostenta el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Florencia en nombramiento provisional desde el 1° de junio de 2006.

Dada la vocación de permanencia que tiene en la planta, la provisionalidad que se predica del tipo de vinculación es apenas formal y aparente, pues por razón de la duración del mismo, superó en realidad las normas que regulan esa clase de vinculaciones y que se sustentan en nombramientos temporales, hoy desnaturalizado a partir del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Se encuentran en trámite varias solicitudes para que unifiquen el criterio de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y se ha pedido la revisión eventual de las mismas ante la Corte Constitucional.

- **Pretensiones de la acción**

Las concreta así:

“Con base en lo preceptuado por el artículo 86 del Constitución Política, comedidamente solicito amparar,

como mecanismo transitorio, para evitar el perjuicio irremediable de mi desvinculación laboral, los derechos fundamentales **al trabajo, estabilidad laboral, igualdad ante la ley, seguridad jurídica, buena fe, confianza legítima y debido proceso, amenazados** con la eventual decisión de la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, al tener que atender los contradictorios fallos de tutela reseñados; ordenar que no se adopte ninguna decisión en relación con mi estabilidad laboral y mi empleo hasta tanto no se resuelva la solicitud de unificación de criterios por parte de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia y se defina la eventual revisión de todos y cada uno de dichos fallos, por parte de la Corte Constitucional.

Que en todo caso se reconozca mi verdadero estatus (sic) laboral, tal como ha quedado desarrollado dentro del presente escrito, que aunque he sido nombrado dentro de la resolución 0885 del 2010 como Fiscal seccional por haber pasado el concurso, mi deseo por estabilidad laboral y económica en beneficio mío y el de mis tres hijos, hoja de vida, carrera profesional, es conservar el cargo actual de Fiscal Delegado ante el Tribunal el cual llevó desempeñándome en provisionalidad por estos 4 años, por cumplir así los requisitos de ley, pero debido a la falta de unidad de criterio en la Corte, en este preciso momento no puedo decidir y elegir la mejor opción, si me quedo como Delegado ante el Tribunal o si voy a ser retirado de este cargo por obvias razones tomaría posesión como Fiscal Seccional, para lo cual pido se me proteja el derecho a elegir y se me conceda una prorrogación (sic) para tomar posesión en el cargo de fiscal seccional, si definitivamente voy a ser separado del actual cargo, pero hasta que se defina esta situación de incertidumbre, para ver si me posesiono o no, ya que el término para posesionarme como fiscal seccional se me vence el próximo 18 de junio del presente año, motivo suficiente para que por esta vía se ordene una prorrogación (sic) indefinida hasta que este asunto sea definido, ya que hasta antes del 27 de mayo, con los conceptos del consejo de estado y las anteriores tutelas donde se definía que efectivamente, sólo los convocados eran los llamados a ingresar, ya tenía claro que no aceptaría dicho nombramiento quedándome así en el actual cargo hasta nuevo concurso, pero así las cosas, mi derecho adquirido y permanencia en provisionalidad en el cargo de Delegado Ante (sic) El Tribunal, se ve amenazado, por las razones ampliamente conocidas, siendo así que también habiendo pasado en la lista de elegibles dentro de la rama judicial y siendo nombrado en varios cargos como juez de control de garantías en propiedad de Neiva, Bogotá o Armenia, no he aceptado por las mismas razones y ahora con esta decisión, se me puede trancar mis aspiraciones, pudiendo quedar sin el cargo de Fiscal

Ante el Tribunal y Fiscal Seccional, sin tener la oportunidad de escoger lo que más me conviene.”.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **\* Fiscalía General de la Nación**

La Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad señaló que el actor no debió dirigir la presente acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación, pues la posible causa de vulneración de sus derechos es el hecho de dar cumplimiento a los diferentes fallos judiciales emitidos por la Corte Suprema de Justicia y equivocadamente pretende que se ordene a la Fiscalía que no de cumplimiento a estos fallos, lo cual es algo absurdo que no tiene ningún fundamento.

Las normas que rigen el sistema de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación, se han aplicado en cada uno de los procesos y procedimientos adelantados, como lo es, el concurso de méritos, el proceso de nombramiento en periodo de prueba, posesión en el cargo, provisión de los cargos, y retiro del servicio dependiendo de la naturaleza de la provisión como en el caso del actor que ocupa un cargo provisionalmente y su retiro obedece al nombramiento de la persona que concursó y adquirió el derecho de ser nombrada en el mismo, lo cual según la normatividad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional constituye un motivo suficiente para dar por terminada la situación de provisionalidad.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, si bien es cierto, los funcionarios designados en provisionalidad gozan de una estabilidad intermedia, lo que hace que para declarar su insubsistencia se exija la motivación del acto, también lo es que estos funcionarios no ostentan derechos de carrera y que un motivo justo para dar por terminada la provisionalidad, es el que se fundamenta en el nombramiento de quien ocupa un lugar en el concurso de méritos que lo hace merecedor al cargo.

Cuando se trata de proveer un cargo de carrera con la persona que concursó por éste, procede sin motivación alguna la desvinculación de quien lo ocupa en provisionalidad, de manera que todo aquel que se encuentre ocupando un cargo en provisionalidad debe ceder ante quien se hizo merecedor por mérito.

La Fiscalía General de la Nación, únicamente esta dando cumplimiento a la Constitución, pero sobre todo a los reiterados fallos de la Corte Suprema de Justicia que ha sido enfática en disponer que el registro de elegibles debe proveer no sólo los cargos ofertados sino la totalidad de los cargos vacantes ocupados en provisionalidad, entre los cuales se encuentra obviamente el ocupado por el actor.

- **Procuraduría 25 Judicial para Asuntos Administrativos**

El Agente del Ministerio Público consideró que la presente acción de tutela es improcedente por las siguientes razones:

Los concursos para acceder a cargos públicos dan la posibilidad para que tanto las personas como los funcionarios de las entidades puedan acceder a determinados cargos, por lo que aquellos que pasan la lista de elegibles son quienes han cumplido con los requisitos establecidos para la provisión de los cargos de funcionarios en carrera y por tanto han adquirido un derecho.

No se puede desmejorar ni desconocer a quien ya adquirió un derecho a ser nombrado dentro de los cargos existentes en la planta de personal por el hecho de que otra lleva más tiempo en el cargo que estaba en concurso.

El hecho de no permitir que las personas que pasaron el concurso ocupen los cargos al cual concursaron porque ya hay otra ocupando dicho cargo sin cumplir las exigencias para el mismo también se le estaría vulnerando sus derechos fundamentales de acceso a la carrera judicial para ocupar un cargo público.

La acción de tutela no puede convertirse en el medio eficaz para saltar procedimientos administrativos, pues en caso contrario se estaría vulnerando el derecho a la igualdad de los demás que tienen mejor derecho.

### **PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Tribunal Administrativo del Caquetá, mediante la providencia impugnada decretó la protección del derecho al trabajo y ordenó al Fiscal General que se abstenga de proveer el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Florencia con personas que ingresaron al registro de elegibles conformado en

virtud de la convocatoria N° 004-2007, mientras se surte un nuevo concurso o se presentan circunstancias que ameriten la remoción del actor por cualquier otra causa y levantó la medida provisional decretada en auto de 11 de junio de 2010.

Para adoptar tal decisión, precisó lo siguiente:

El registro de elegibles es el acto culminante del concurso de méritos que se había convocado, y por tanto estaba restringido y limitado a las normas reguladoras y obligatorias contenidas en las convocatorias 01 a 06 de 2007, es decir, limitada al número y los cargos en ellas determinados, pues es a partir del registro que se procede a la provisión de las vacantes para las que se realizó el concurso en desarrollo de preceptos constitucionales y legales.

Si de esos 52 cargos provistos mediante concurso se produjeren vacantes, se debe recurrir al registro de elegibles constituido para la provisión de los mismos.

Al haber procedido la Fiscalía General de la Nación al nombramiento de los 52 Fiscales Delegados ante Tribunal Superior que fueron materia de la Convocatoria N° 004-2007, con ello se agotó el objeto del concurso y no podía la demandada proceder a designar otras personas incluidas en el registro de elegibles, para proveer los cargos vacantes que se encontraban en la entidad, pues el objeto del concurso se había agotado y por ende dicho registro sólo podía considerarse para suplir las vacantes que dejaran esos 52 cargos que fueron materia de la convocatoria.

Como quiera que mediante la Resolución N° 01209 de 12 de junio de 2010, el señor Fiscal General de la Nación, procedió a designar las personas que se localizaban en los puestos 60 a 66 del registro de elegibles para sendos cargos de Fiscal Delegado ante los Tribunales Superiores que no fueron incluidos en la Convocatoria N° 004-2007, desconoció las normas obligatorias y reguladoras del concurso vulnerando el debido proceso y amenaza el derecho al trabajo del actor, quien a pesar de estar nombrado en provisionalidad como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Florencia, se ve avocado a ser removido con personas que se encuentran en la misma situación de las que aparecen en la mencionada resolución, sin que se hubiere dado apertura a un nuevo concurso para proveer las vacantes que quedaron luego de la convocatoria citada y sin que fuere válida y

constitucionalmente posible extender dicho registro para proveer otros cargos que no fueron convocados, a pesar de estar vacantes y por cuanto para el tiempo de la convocatoria los mismos habrían de ser suprimidos, por eso se entiende que para la provisión de esas vacantes debe hacerse una nueva convocatoria en donde se determinen las reglas que deben seguirse para su provisión.

## **LA IMPUGNACIÓN**

Inconforme con la decisión anterior, la apoderada de la Fiscalía General de la Nación la impugnó, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la presente solicitud y señaló que no entiende como un fallo del Tribunal dejó sin efectos un fallo de la Corte Suprema de Justicia que ordenó proveer la totalidad de los cargos de carrera vacantes con el registro de elegibles vigente, pues para la entidad es claro que si da cumplimiento al fallo de la Corte Suprema, estaría en desacato de la presente decisión y si da cumplimiento a esta providencia estaría en desacato del fallo de la Corte Suprema de Justicia.

No es aceptable que el actor alegue que la Fiscalía eventualmente podría vulnerar sus derechos al dar cumplimiento a las decisiones mencionadas por él, y tampoco es viable jurídicamente que se acceda a lo pretendido, pues al ordenar que se abstenga de dar cumplimiento a las ordenes judiciales de la Corte Suprema, se puso a la entidad en la difícil situación de incumplir una u otra orden, como ya se mencionó.

El fallo atacado le da prevalencia a los derechos de quienes están ocupando cargos en carrera en provisionalidad por encima de las personas que accedieron a esos cargos por méritos, esto es, para el Tribunal es más importante proteger los derechos de los que están en un cargo provisionalmente que los derechos de quienes concursaron y por mérito tienen el derecho a ocupar ese mismo cargo.

Para resolver se,

## **CONSIDERA**

En el presente asunto se invoca la protección como mecanismo transitorio de los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, estabilidad laboral, seguridad jurídica y debido proceso, cuya amenaza o violación se examina



para adoptar la decisión a que haya lugar, previo el siguiente razonamiento:

La acción de tutela concebida en el artículo 86 de la Constitución Política, consagra la posibilidad de reclamar ante los jueces, bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares, siempre que no disponga de otro medio de defensa judicial y salvo que existiendo se trate de evitar un perjuicio irremediable.

El Tribunal Administrativo del Caquetá decretó la protección del derecho fundamental al trabajo invocado por el señor Afanador Armenta y ordenó al Fiscal General de la Nación que se abstenga de proveer el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Florencia con personas que ingresaron al registro de elegibles conformado en virtud de la convocatoria N° 004-2007, mientras se surte un nuevo concurso o se presentan circunstancias que ameriten su remoción por cualquier otra causa.

En cuanto a la prórroga del plazo para que el demandante pueda posesionarse en el cargo de Fiscal Seccional, determinó que no debía accederse a dicha solicitud, ya que justamente, en virtud de la convocatoria como norma obligatoria y reguladora del concurso, al haber superado las pruebas de clasificación y calificación y accedido al registro de elegibles para proveer dicho cargo, la entidad demandada tenía que hacer la designación y el actor por su parte, debía adoptar la decisión que mejor considerara para sus intereses, dentro de los trámites que le fije la ley.

La anterior decisión la comparte la Sala por las razones que se expondrán a continuación:

Asegura el actor que aunque fue nombrado mediante Resolución N° 0885 de 2010 como Fiscal Seccional por haber superado el concurso, su deseo por estabilidad laboral y económica y por beneficio de su familia y carrera

profesional, es conservar el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal el cual desempeña en provisionalidad desde hace 4 años por cumplir así los requisitos.

Sostiene igualmente en el escrito de tutela que sus derechos fundamentales se ven amenazados con la eventual decisión de la Fiscalía General de la Nación, al tener que cumplir fallos contradictorios, y solicita en consecuencia que se ordene al ente investigador, no adoptar ninguna decisión en relación con su estabilidad laboral y empleo, hasta tanto no se resuelva la solicitud de unificación de criterios por parte de la Corte Suprema de Justicia y se defina la revisión que se llevaría a cabo en la Corte Constitucional.

Pretende además que se le conceda una prórroga para decidir si se posesiona como Fiscal Seccional o continúa como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Florencia.

Para efecto de decidir se tiene lo siguiente:

Mediante Convocatoria N° 004 de 2007, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera, en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 60 de la Ley 938 de 2004, llamó a concurso público para proveer 52 cargos a nivel nacional de Fiscal ante Tribunal de Distrito.

Durante la época de la convocatoria (septiembre de 2007) se encontraba vigente un programa de reducción gradual de la planta de personal, que obligaba a la entidad a sacar a concurso sólo los cargos con los que contaría definitivamente, es decir, únicamente convocó para el número de cargos proyectados al finalizar la reducción. (Artículo 78 y transitorio 1° de la Ley 938 de 2004).

En virtud de la expedición del Decreto 122 de 2008 que modificó la planta de personal de la entidad, creando algunos cargos transitorios y otros definitivos, el programa de reducción de planta se suspendió, pues el mencionado decreto derogó la norma que consagraba reducción gradual de la misma para los años 2006 a 2008.

Para ese momento, es decir, enero de 2008, no era posible modificar las convocatorias que ya habían sido publicadas, razón por la que quedaron muchos cargos por fuera del concurso.

Ahora bien, el concurso de méritos que adelantó la Fiscalía General de la Nación, tiene su fundamento en los artículos 125 y 253 de la Constitución Política, mediante los cuales se dispone que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como el funcionamiento e ingreso a dicha entidad.

La Ley 938 de 2004, por medio de la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, consagra en cuanto a las normas de carrera lo siguiente:

**Art. 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.

**Art. 63. Lista de candidatos.** Con base en los resultados del proceso de selección se conformará una lista de los candidatos que podrán presentar concurso.

**Art. 64.** Durante el tiempo al que se refiere el artículo anterior, no se podrá realizar proceso de selección **para proveer cargos para los cuales se conformó la lista. La provisión de estos deberá realizarse con las personas que figuren en la misma.** (Se resalta)

**Art. 65. El concurso.** Tendrá por objeto evaluar y calificar las aptitudes, capacidades, conocimientos, habilidades y experiencias de los candidatos, de acuerdo con el perfil, los requisitos y las funciones, teniendo en cuenta la valoración objetiva y ponderada de la formación académica, los antecedentes y la experiencia laboral cualificada y relacionada que demuestren los candidatos, con arreglo al reglamento que para tal efecto expida la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación.

Por su parte, el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, que consagra el sistema general de carrera prevé:

**“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.”**

Es así como la Comisión Nacional de Carrera Administrativa de la Fiscalía General de la Nación, el 9 de septiembre de 2007, citó a concurso de méritos, diferentes cargos de la Fiscalía a través de las convocatorias públicas abiertas Nos. 001-2007 Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito, 003-2007 Fiscal Delegado ante Jueces de Circuito Especializado, 004-2007 Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito (52 cargos) 005-2007 Asistente de Fiscal I, II, III, IV y 006-2007 Asistente Judicial IV, para un total de 4.697 cargos que se encontraban ocupados en provisionalidad.

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.

Lo anterior significa que respecto de los demás cargos no existe concurso y por esa razón es que la entidad debía designar sólo a los registrados que se encontraban en los primeros lugares hasta completar las 52 vacantes materia de la convocatoria.

Aclarado lo anterior y en relación con la amenaza de derechos fundamentales del actor, la Sala la encuentra probada por lo siguiente:

En el presente caso no existe duda del entendimiento que el Fiscal General de la Nación le dio a las providencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia, pues en escrito de 17 de febrero de 2010, al solicitar aclaración respecto del contenido del fallo de tutela con número de radicación T-45366 de 4 de febrero de 2010, expresó que en los considerandos de dicha decisión se señaló que los cargos a proveer con el registro de elegibles serían todos los correspondientes a la planta de personal de la entidad y no sólo los que fueran materia de las señaladas convocatorias.

Precisó que la manera como la entidad determinó el número de los cargos sometidos a concurso en 2007 no fue caprichosa, pues tuvo en cuenta la planta definitiva al momento de la publicación de las convocatorias.

Bajo ese entendido señaló que: “pretender extender los efectos del registro de elegibles a los demás cargos vacantes de la entidad (ocupados en provisionalidad) implicaría desconocer el derecho a la igualdad y de acceso a cargos públicos de las personas que ingresaron en virtud de la reestructuración establecida por el Decreto Ley 122 y que no tuvieron la oportunidad jurídica participar en el proceso de selección respecto al cargo que entraron a ocupar, pues, se reitera, estos cargos no fueron ofertados porque no existían para la fecha o estaban llamados a desaparecer”.

Otra prueba de la amenaza es que mediante la Resolución N° 01209 de 2 de junio de 2010, proferida por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual designó personas que no quedaron dentro de los 52 primeros lugares y nombró a los que se encontraban en el puesto 60 a 66 de la lista de elegibles para ocupar cargos de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, los cuales no fueron incluidos en la convocatoria N° 004-2007.

Al respecto la Corte contestó textualmente lo siguiente:

“De otra parte, también depreca el petente que se aclaren los términos de algunas consideraciones de la providencia, concretamente lo que atañe a **“que el registro definitivo de elegibles debe servir no sólo para proveer los cargos que fueron ofertados en las respectivas convocatorias sino también para nombrar en todos los demás que existan en la planta”**. (Se resalta)

Pues bien, en relación con el alcance de las reseñadas consideraciones expresadas en la tutela materia de aclaración, quiere ser categórica la Sala para informarle al señor Fiscal que la Corte **no emitió en ese sentido orden alguna**, como perfectamente puede comprobarse con la lectura de la parte resolutive del fallo. Lo allí escrito no tiene -hasta este momento más que el carácter de obiter dicta, dado que ni la petición de amparo comportaba un alcance de tal naturaleza (porque -por ejemplo- el accionante formara parte de la lista de elegibles pero ubicado por fuera del rango de los convocados) ni la Corte podía impartir órdenes oficiosamente con esa dimensión.

Y es que, como bien se advierte en todos los fallos de tutela dictados por esta Sala, la orden al Fiscal General es concreta y perentoria, esto es, proceder en el plazo señalado **“a culminar la aplicación del sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación, proveyendo los cargos a que se refieren las convocatorias 001-2007, 002-2007, 003-2007, 004-2007, 005-2007 y 006- 2007 con el registro de elegibles publicado mediante acuerdo 007 del 24 de noviembre de 2008...”**. (Se resalta)

Un entendido distinto como el que se le ha querido dar, vale decir, más allá de su propia teleología, nunca se ha utilizado para expresar el pensamiento de la Sala en lo que han sido los tres pronunciamientos en ese sentido (cfr Rad 45237 dic 16/09; Rad 45366 feb 4/10; Rad 46338 feb 11/10). Cosa bien distinta es que sobre el tema pueda o deba eventualmente pronunciarse la Sala en posterior ocasión.

Sencillamente lo que se consigna allí es la preocupación a futuro de la Corporación respecto de una significativa cantidad de aspirantes a funcionarios y empleados que, no obstante haber aprobado el concurso y formar parte de la lista de elegibles, podrían quedar en provisionalidad, y contar así la Fiscalía -dentro de un mismo rango o categoría de servidores- con un cierto número de funcionarios inscritos en carrera y otro tanto en calidad de provisional.”

En consecuencia, se confirmará la decisión del Tribunal que amparó el derecho al trabajo del actor, ordenó al Fiscal General de la Nación abstenerse de proveer el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Florencia con personas que ingresaron al registro de elegibles conformado en virtud de la Convocatoria N° 004-2007, hasta tanto se surta un nuevo concurso o se presenten circunstancias que ameriten su remoción por cualquier otra causa y levantó la medida provisional decretada en auto de 11 de junio de 2010, consistente en prorrogar el término con el que contaba el actor para aceptar la designación como Fiscal Seccional hasta que se profiriera pronunciamiento.

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

### **FALLA**

**CONFÍRMASE** la providencia impugnada, proferida el 25 de junio de 2010 por el Tribunal Administrativo del Caquetá que decretó la protección del derecho al trabajo y levantó la medida provisional decretada en auto de 11 de junio de 2010, en la acción de tutela interpuesta por el señor Mario Enrique Afanador Armenta.

Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Envíese copia de este fallo al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión celebrada en la fecha.

**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**