

ACTO DE NOMBRAMIENTO - Debe demandarse en ejercicio de la acción electoral / NOMBRAMIENTO - Debe demandarse en ejercicio de la acción electoral / ACCION ELECTORAL - Es la procedente contra actos de nombramiento

El apoderado de la Fiscalía General de la Nación consideró que el examen de legalidad de los actos de nombramiento, como el que aquí se cuestiona, se debe hacer en ejercicio de la acción de simple nulidad y no de la acción electoral. Se precisa que si bien el artículo 84 del C.C.A. estableció la acción de nulidad de los actos administrativos y las causales que dan lugar a su nulidad, el mismo código se ocupó de regular de manera especial la acción de nulidad de los actos administrativos que efectúan nombramientos y declaran elecciones, a la cual denominó acción de nulidad electoral. Así, el numeral 12 del artículo 136 fijó a dicha acción un término de caducidad de 20 días, y los artículos 223 y siguientes establecieron causales específicas de nulidad previo trámite del procedimiento especial previsto en esos artículos. (...) Como no es dado a las partes escoger una acción o un procedimiento cuando la ley ordena una vía propia y específica, es evidente que la acción de nulidad electoral ejercida es la idónea para que se examine la legalidad de un nombramiento como el que aquí se cuestiona.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de la acción electoral contra actos de nombramiento, Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 8 de agosto de 2008, Rad. 2004-1686.

TERCERO INTERVINIENTE - Proceso electoral: No puede formular cargos nuevos

Como en el caso en estudio el tercero propuso cargos nuevos respecto de la demanda presentada por el actor referidos a la expedición irregular del acto por violación de los artículos 29 y 53 de la Constitución Política, y como ello comporta una transgresión al artículo 235 del C.C.A. y vulnera el derecho de defensa de la demandada, la Sala no se pronunciara respecto de ellos.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance de la intervención de terceros en el proceso electoral, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 23 de junio de 2006, Rad. 3932.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 235

FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Validez de nombramiento en provisionalidad en cargo de carrera que no ha sido objeto de convocatoria a concurso / NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD - Es válido en cargo de carrera que no ha sido objeto de convocatoria a concurso / FISCAL DELEGADO - Cargo de carrera que puede proveerse en provisionalidad si no ha sido objeto de convocatoria a concurso

Consideró el actor que el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Armenia –Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes- se debió proveer únicamente con la persona que superó de manera satisfactoria el concurso de méritos. (...) Las convocatorias que iniciaron el concurso público de méritos previsto por la Ley 938 de 2004 se realizaron con antelación a la expedición del Decreto Ley 122 de 2008; en ellas se ofertaron de manera puntual 4697 cargos, luego es evidente que los cargos creados con posterioridad no fueron ofertados y por consiguiente, no existe registro de elegibles para proveerlos. En consecuencia, como para la fecha del nombramiento demandado no se había realizado concurso de méritos para

proveer los cargos creados por el Decreto Ley 122 de 2008, entre ellos el de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Armenia –Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes-, bien podía la Administración proveer ese cargo en provisionalidad, sin que ello implique vulneración al régimen de carrera, en razón a que el nombrado no adquiere ningún derecho de carrera según lo dispuesto por el artículo 70 de la Ley 938 de 2004. (...) Con fundamento en lo expuesto, se aclara que una vez se realice la convocatoria para proveer los cargos de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación que no fueron ofertados y, además, se surtan todas las etapas del concurso público de méritos, surgirán derechos subjetivos para quienes integren el registro de elegibles.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 122 DE 2008

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, veinticuatro (24) de junio de dos mil diez (2010).

Radicación numero: 63001-23-31-000-2009-00154-01

Actor: SABEL REINERO AREVALO AREVALO

Demandado: FISCAL DELEGADA ANTE LOS JUECES MUNICIPALES Y PROMISCUOS DE LA DIRECCION SECCIONAL DE FISCALIAS DE ARMENIA

Procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

El demandante en ejercicio de la acción de nulidad electoral solicitó que: **1)** se declare la nulidad de la Resolución 3132 por la cual el Fiscal General de la Nación nombró en provisionalidad a la demandada en el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Armenia –Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes; y **2)** *“una vez ejecutoriado el fallo se sirva comunicar a las autoridades administrativas respectivas para los efectos pertinentes”*

Para sustentar las pretensiones afirmó, en síntesis, que:

El Congreso de la República aprobó el Acto Legislativo 01 de 2008 por medio del cual pretendió adicionar un parágrafo al artículo 125 de la Constitución Política.

En el 2007 la Fiscalía General de la Nación abrió concurso de méritos para proveer los cargos de *“Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos”*, de conformidad con la Ley 938 de 2004.

El 30 de septiembre de 2008, una vez terminadas las etapas del concurso de méritos, la Fiscalía General de la Nación publicó la lista de elegibles en la página web de la entidad, pero *“A la fecha el Fiscal General de la Nación se ha negado a dar finiquito a la convocatoria referida”*.

A pesar de que la demandada no superó la primera etapa del concurso, que era de carácter eliminatorio, ni reúne los requisitos previstos por el Acto Legislativo 01 de 2008, por el acto acusado fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Armenia –Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

Citó como normas violadas los artículos 13, 53, 58, 93, 125 y 256 de la Constitución Política, así como el Acto Legislativo 01 de 2008; artículos 125 y 156 de la Ley 270 de 1996 *“Estatutaria de la Administración de Justicia”*; artículo 52 de la Ley 938 de 2004 *“Por medio de la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”*.

En el concepto de violación explicó que el Acto Legislativo 01 de 2008 determinó de manera expresa que no le era aplicable a *“los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política”*, entre los que están los funcionarios judiciales, es decir, los Magistrados, los Jueces y los Fiscales; por tanto, consideró que esos cargos se deben proveer únicamente con las personas que superaron de manera satisfactoria el concurso de méritos.

A manera de conclusión afirmó que: *“... el acto administrativo soporte de esta acción electoral, que tiene apariencia de juridicidad, en virtud de la normativa referida en su parte considerativa, de manera grosera, se paso (sic) por alta las normas constitucionales y legales citadas como soporte de la demanda, y de manera concreta, desconoció los efectos de la carrera administrativa judicial, determinada para la fiscalía (sic) general (sic) de la Nación, cuyos efectos se encuentran incólumes, en virtud de la vigencia del acto (sic) legislativo (sic) 01 de 2008, toda vez que, en primer término violenta el concurso debidamente agotado conforme a las reglas de la ley (sic) 938 de 2004 y en segundo término se designa a persona que no superó las etapas del concurso como ya se dijo, motivo por el cual que (sic) se deben despachar favorablemente las pretensiones deprecadas.”* (fls. 2 a 10)

1.2. Contestación de demanda.

La demandada contestó y se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Precisó que la Corte Constitucional declaró inexecutable el Acto Legislativo 01 de 2008 con efectos retroactivos; por consiguiente, debe reiniciarse los concursos suspendidos y carecen de valor las inscripciones extraordinarias en carrera que se realizaron. No obstante, explicó que su nombramiento en provisionalidad no se fundó en este Acto Legislativo, toda vez que no fue inscrita de manera extraordinaria en carrera, ni fue beneficiada con sus previsiones.

Afirmó que el nombramiento en provisionalidad demandado de manera alguna transgrede el concurso de méritos que se adelanta en la Fiscalía General de la Nación, toda vez que **obedeció a la creación de unos nuevos cargos dentro de la planta de personal**. En efecto, por Resolución 0-1209 de 14 de marzo de 2008 se crearon, entre otros, para la Dirección Seccional de Fiscalía de Armenia dos (2) cargos de Fiscal Delegado Ante los Jueces del Circuito y uno (1) de Fiscal

Delegado ante los Jueces Penales Municipales para “atender funciones en la implementación del Código de Infancia y Adolescencia” con fundamento en el artículo 147 de la Ley 1151 de 2007.

Agregó que como la creación del cargo fue posterior a la convocatoria 001 -2007 del concurso de méritos, el nombramiento en provisionalidad era el mecanismo expedito para cumplir con las necesidades requeridas por la Fiscalía General de la Nación.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: **(i) “Ineptitud sustantiva de la demanda por indebida y/o insuficiente y exigua sustentación del concepto de violación”**, por cuanto la demanda se fundó en el Acto Legislativo 001 de 2008, norma en la que no se fundamentó el nombramiento de la demandada; además, dicha reforma constitucional fue declarada inexecutable. Recalcó que el cargo ocupado en provisionalidad por la actora se creó con posterioridad a la convocatoria del concurso de méritos, y por ello, para éste no existe lista de elegibles; **(ii) “Ausencia de motivos de nulidad aducidos por el demandante. Plena competencia del Fiscal General de la Nación para nombrar a la Dra. MARGOTH ORTIZ TORRES, en el cargo de Fiscal Delegada ante los Juzgados Municipales y Promiscuos”** medio exceptivo que fundó en el hecho de que el nombramiento en provisionalidad no vulnera de manera alguna los derechos de carrera de las personas que esperan ser nombradas en propiedad en la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación. (fls. 38 a 47)

1.3. Corrección de la demanda

El actor pretendió adicionar cargos a la demanda inicialmente presentada (fls. 50 a 52), pero como la adición se presentó fuera del término previsto por el artículo 230 del C.C.A. fue rechazada por extemporánea (fls. 72 y 73).

1.4. Intervención de terceros.

1.4.1. La Fiscalía General de la Nación por intermedio de apoderado se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Adujo que los cargos convocados en el concurso de méritos fueron 4.697 de los cuales, en 1.013 ya se realizaron los nombramientos en carrera.

Referente al nombramiento demandando, adujo que éste se produjo en ejercicio de las facultades conferidas por la Constitución y la ley.

Consideró que la legalidad del acto acusado no debe examinarse en acción electoral, sino acción de simple nulidad prevista por el artículo 84 del C.C.A. y que “*Adicional a lo anterior, las acciones electorales tienen un preciso término de caducidad de 20 días que en el caso en (sic) concreto estarían más (sic) vencido*”. (fls. 55 a 58)

1.4.2. El ciudadano Leonardo Cuadrado Arévalo, dentro de la oportunidad legal, presentó escrito de coadyuvancia de las pretensiones en el que reprodujo los cargos de la adición de la demanda que fueron rechazados por extemporáneos referentes a la expedición irregular del acto por violación de los artículos 29 y 53 de la Constitución Política. (fls. 127 y 128)

1.5. Alegatos de conclusión.

1.5.1. El apoderado de la Fiscalía General de la Nación reiteró los argumentos que expuso para oponerse a las pretensiones de la demanda. (fls. 134 a 137)

1.5.2. Las demás partes guardaron silencio.

1.6. Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó denegar las pretensiones de la demanda porque consideró que **(i)** “... dejando de existir el Acto Legislativo 01 de 2008 el tráfico jurídico, no puede haber un pronunciamiento de fondo que analice si la Resolución No. 3132 del 6 de julio de 2009, expedida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual se nombró a la doctora Margoth Ortiz Torres como Fiscal Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos de Armenia debe ser o no declarada nula.”; **(ii)** el cargo en el cual fue nombrada en provisionalidad la demandada fue creado con posterioridad a la convocatoria para el concurso de méritos, en consecuencia, no se trasgredieron las normas de carrera y; **(iii)** como el cargo que ocupa la accionada no ha sido convocado a concurso no existe lista de elegibles, por tanto, en esos eventos la ley faculta a que el cargo se provea en provisionalidad.

Respecto de los argumentos del ciudadano Leonardo Cuadrado Arévalo no hizo ningún pronunciamiento de fondo porque consideró que el interviniente pretendió incluir hechos nuevos cuando ya estaba vencido el término de caducidad; además, consideró que los coadyuvantes “asumen el proceso en el estado en que se encuentren sin que les sea posible proponer hechos distintos a los propuestos por el demandante o expresar consideraciones jurídicas distintas”. (fls. 154 a 169)

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Según lo dispuesto en los artículos 128 numeral 3° del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998- y 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 -modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 de 5 de agosto de 2003-, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer del proceso electoral de la referencia por cuanto el numeral 3° del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, luego de la modificación que le introdujo el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, señala que esta Corporación conocerá privativamente y en única instancia de los procesos de nulidad de elecciones o nombramientos hechos por la Fiscalía General de la Nación o cualquier autoridad, funcionario, corporación o entidad descentralizada, del orden nacional.

En este caso, se demanda la nulidad de la Resolución No. 3132 del 6 de julio de 2009 por medio de la cual el Fiscal General de la Nación nombró en provisionalidad a Margoth Ortiz Torres en el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Armenia – Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes-.

2.2. Cuestiones previas.

2.2.1. De la naturaleza de la acción.

El apoderado de la Fiscalía General de la Nación consideró que el examen de legalidad de los actos de nombramiento, como el que aquí se cuestiona, se debe hacer en ejercicio de la acción de simple nulidad y no de la acción electoral.

Se precisa que si bien el artículo 84 del C.C.A. estableció la acción de nulidad de los actos administrativos y las causales que dan lugar a su nulidad, el mismo

código se ocupó de regular de manera especial la acción de nulidad de los actos administrativos que **efectúan nombramientos** y declaran elecciones, a la cual denominó acción de nulidad electoral. Así, el numeral 12 del artículo 136 fijó a dicha acción un término de caducidad de 20 días, y los artículos 223 y siguientes establecieron causales específicas de nulidad previo trámite del procedimiento especial previsto en esos artículos.

Al respecto esta Sala ha dicho:

“... la acción contencioso administrativa de nulidad, que es una sola, tiene una especie que se diferencia por su contenido. De un lado, la acción de nulidad de actos administrativos en general y, de otro, la acción de nulidad de actos administrativos de contenido electoral. De ahí que la característica que delimita la naturaleza jurídica de la acción de nulidad de carácter electoral de la de nulidad general no está dada por el tipo de causal que se invoca sino por el contenido del acto que se cuestiona.”¹

“Cuando la demanda está dirigida a impetrar la nulidad de actos administrativos que declaran elecciones o efectúan nombramientos; la ley establece en forma obligatoria acudir a la acción de nulidad especial de carácter electoral (Capítulo IV, Título XXVI del C.C.A), que es una especie de la acción de simple nulidad (artículo 84 Ibídem).”²

Como no es dado a las partes escoger una acción o un procedimiento cuando la ley ordena una vía propia y específica, es evidente que la acción de nulidad electoral ejercida es la idónea para que se examine la legalidad de un nombramiento como el que aquí se cuestiona.

2.2.2. De la caducidad de la acción

El apoderado de la Fiscalía General de la Nación de igual manera adujo que la acción ejercida se encuentra caducada pero materialmente no sustentó su afirmación.

Pese a la precariedad del argumento y que no se aportó la constancia de publicación de la Resolución 3132, la Sala advierte que la acción se ejerció antes de que caducara toda vez que el nombramiento se realizó el 6 de julio de 2009 y la demanda se presentó el 28 de julio de esa misma anualidad, es decir, dentro del término previsto por el artículo 136-12 del C.C.A.

2.2.3. De la intervención del coadyuvante de las pretensiones.

Como se expuso, el ciudadano Leonardo Cuadrado Arévalo en su intervención transcribió e hizo suyos los cargos que adicionó extemporáneamente el actor.

Al respecto, el artículo 235 del C.C.A³ impone límites materiales a la intervención de terceros restringiéndolas a *“prohijar u oponerse a las peticiones de la demanda”*; de allí que no sea posible la formulación de nuevos cargos o casos respecto de los presentados por el demandante.

¹ Sentencia de 6 de mayo de 2005, exp. 2003-01680.

² Auto de 8 de agosto de 2008, exp. 2004 – 1686.

³ Modificado por el artículo 53 del Decreto 2304 de 1989.

Reiterada jurisprudencia de esta Sección sostiene:

*“Como una extensión del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, que permite a los ciudadanos interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley, el legislador previó la posibilidad de que en el contencioso de nulidad electoral se permitiera la participación de terceros con el fin de coadyuvar u oponerse a las pretensiones de la demanda, tal como se advierte en el artículo 235 del Código Contencioso Administrativo. El ejercicio de este derecho procesal lleva implícitos unos límites materiales y temporales para quien interviene como tercerista, los cuales se infieren no solo de la especial naturaleza del proceso electoral sino también del contenido literal del artículo 235 citado. En cuanto a lo material, no duda la Sala que **la asistencia de esos terceristas viene limitada por el objetivo mismo de la institución procesal, consistente en “prohijar u oponerse a las peticiones de la demanda”, de modo que a ellos no les está permitido modificar el petitum de la demanda, bien sea para agregar o para suprimir los cargos inicialmente presentados**, circunstancia que se fundamenta en la estructura procedimental del proceso electoral, pues de admitirse esa posibilidad los términos perentorios e improrrogables que para la reforma de la demanda se han establecido, fácilmente podrían ser burlados con una intervención adhesiva que puede presentarse hasta antes de adquirir firmeza el auto que da traslado para alegar.”⁴ (Subrayas y negrillas fuera del texto)*

Como en el caso en estudio el tercero propuso cargos nuevos respecto de la demanda presentada por el actor referidos a la expedición irregular del acto por violación de los artículos 29 y 53 de la Constitución Política, y como ello comporta una transgresión al artículo 235 del C.C.A. y vulnera el derecho de defensa de la demandada, la Sala no se pronunciara respecto de ellos.

2.2.4. De las excepciones propuestas

La demandada propuso las excepciones que denominó **(i) “Ineptitud sustantiva de la demanda por indebida y/o insuficiente y exigua sustentación del concepto de violación”** y; **(ii) “Ausencia de motivos de nulidad aducidos por el demandante. Plena competencia del Fiscal General de la Nación para nombrar a la Dra. MARGOTH ORTIZ TORRES, en el cargo de Fiscal Delegada ante los Juzgados Municipales y Promiscuos”**.

La primera excepción tiene fundamento en el posible incumplimiento del requisito previsto por el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A. que impone, a quien acuse la nulidad de un acto administrativo, el deber de citar las normas violadas y en especial, el de explicar el concepto de su violación.

Al respecto se precisa que el actor sí cumplió formalmente con este requisito, porque citó las normas que consideró transgredidas⁵ y refirió que estas fueron vulneradas porque se realizó el nombramiento demandado sin que previamente mediara concurso público de méritos. En consecuencia, se negará prosperidad a esta excepción.

⁴ Sentencia de 23 de junio de 2006, exp. 2003 – 0916 (3932).

⁵ Artículos 13, 53, 58, 93, 125 y 256 de la Constitución Política, Acto Legislativo 01 de 2008; artículos 125 y 156 de la Ley 270 de 1996; artículo 52 de la Ley 938 de 2004.

La segunda excepción en verdad es un medio de defensa que se funda en la competencia del Fiscal General de la Nación para efectuar el nombramiento demandado, aspecto que será estudiado con el fondo del asunto.

2.3. Estudio de los cargos.

De lo expuesto por el demandante, se tiene que el demandante formuló concretamente dos cargos porque *(i)* se desconocieron los efectos de la carrera y; *(ii)* se designó en el cargo a una persona que no superó las etapas del concurso.

2.3.1. Del desconocimiento de los efectos de la carrera

Consideró el actor en su concepto de violación que el Acto Legislativo 01 de 2008 no es aplicable para proveer en carrera los cargos de los funcionarios judiciales, específicamente de fiscales.

El texto de la norma citada como violada era el siguiente:⁶

“ARTICULO 1o. Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así:

PARAGRAFO TRANSITORIO. *Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción.*

Mientras se cumpla este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente párrafo.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el

⁶ La Corte Constitucional en sentencia C-588 de 2009 resolvió:

“PRIMERO. *Declarar INEXEQUIBLE, en su totalidad, el Acto Legislativo No. 01 de 2008, “Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”.*

SEGUNDO. *Esta sentencia tiene efectos retroactivos y, por tal razón, se reanudan los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieren sido suspendidos y carecen de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que, con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2008, se hayan realizado”.*

desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa.

Quedan exceptuados de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular.

ARTICULO 2o. *El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.”.*

Del texto de la norma se extraen los siguientes mandatos:

- a) Inscripción extraordinaria en carrera sin que medie concurso público de méritos para *“los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera”* y;
- b) Suspensión de *“todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho”*.

El actor en la sustentación del cargo omitió explicar las circunstancias de hecho por las que considera transgredido el Acto Legislativo, porque por una parte, no expuso si la demandada fue inscrita extraordinariamente en carrera de manera indebida, o si no fue inscrita debiendo hacerlo; por otra, omitió señalar si el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Armenia –Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes- fue excluido o no indebidamente del concurso público de méritos en razón a que quien estaba ocupándolo reunía los requisitos previstos en la norma para este propósito.

Además de lo anterior, en razón a la inexecutable con efectos retroactivos del Acto Legislativo 01 de 2008, el actor tampoco explicó si por esta circunstancia se presentó pérdida de fuerza ejecutoria del acto demandado en la hipótesis de que el nombramiento se realizara con fundamento en la norma declarada inexecutable.

Como la sustentación del cargo no guarda relación con la norma violada, y **habida consideración de que el nombramiento de la demandada no se fundó en las previsiones transitorias contenidas el Acto Legislativo porque fue en provisionalidad y no en carrera**, el cargo no prospera.

2.3.2. De la designación en el cargo de una persona que no superó las etapas del concurso.

Consideró el actor que el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Armenia –Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes- se debió proveer únicamente con la persona que superó de manera satisfactoria el concurso de méritos.

De las pruebas aportadas al proceso, se tiene que:

- Por Decreto Ley 122 de 18 de enero de 2008⁷ el Presidente de la República modificó la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, puntualmente, en su artículo 2º creó “*gradualmente a partir de la vigencia fiscal del año 2009 con carácter permanente*” veintitrés (23) cargos de Fiscal Delegado Ante Jueces Municipales y Promiscuos (fls. 111 a 114);
- Con posterioridad al incremento de cargos de la planta de personal, el Fiscal General de la Nación por Resolución 1209 de 14 de marzo de 2008 distribuyó los cargos creados por el Decreto Ley 122 de 18 de enero de 2008 y asignó a la Dirección Seccional de Fiscalías de Armenia, entre otros, un cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos. (fls. 115 a 119).
- La Jefe de la Oficina de Personal y a su vez Secretaria de la Comisión Nacional de Administración de Carrera de la Fiscalía General de la Nación afirmó que:

“Es importante señalar, que para el momento de la expedición de las convocatorias la Fiscalía General de la Nación no contaba con las modificaciones hechas por el Gobierno Nacional a la planta mediante el Decreto 122 del 16 de enero de 2008, el cual, en virtud del principio de legalidad no puede tener efecto retroactivo; razón por la cual, los cargos creados por el Decreto 122 de 2008, no fueron sometidos a concurso de conformidad con el artículo 7º del Acuerdo 001 de 2006, en cumplimiento estricto de las bases y reglas de las convocatorias no podrán ser modificadas una vez se inicie la etapa de inscripción de los aspirantes, salvo aquellas que se refieren al sitio y al término para la recepción de las inscripciones, es decir, la fecha, hora y lugar en que se llevarán a cabo las pruebas.” (fls. 121 a 125)

Las convocatorias que iniciaron el concurso público de méritos previsto por la Ley 938 de 2004⁸ se realizaron con antelación a la expedición del Decreto Ley 122 de 2008; en ellas se ofertaron de manera puntual 4697 cargos, luego es evidente que los cargos creados con posterioridad no fueron ofertados y por consiguiente, no existe registro de elegibles para proveerlos⁹.

En consecuencia, como para la fecha del nombramiento demandado no se había realizado concurso de méritos para proveer los cargos creados por el Decreto Ley 122 de 2008, entre ellos el de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Armenia –Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes-, bien podía la Administración proveer ese cargo en provisionalidad, sin que ello implique vulneración al régimen de

⁷ Expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 147 de la Ley 1151 de 24 de julio de 2007.

⁸ “*Por medio de la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación*”

⁹ Dice el artículo 62 de la Ley 938 de 2004:

“Registro de elegibles. Con base en los resultados del concurso se conformará el Registro de elegibles para la provisión de los cargos a proveer y las vacantes que se presenten durante su vigencia, la cual será de dos (2) años.

La Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación reglamentará la actualización del Registro.

Igualmente, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación podrá utilizar este Registro para proveer cargos equivalentes o de inferior grado.”

carrera, en razón a que el nombrado no adquiere ningún derecho de carrera según lo dispuesto por el artículo 70 de la Ley 938 de 2004 que prevé:

“Nombramientos. La provisión de un cargo de carrera se efectuará mediante nombramiento en propiedad, una vez superado el período de prueba. Cuando ello no fuere posible, se procederá al nombramiento mediante la figura de encargo, atendiendo al lleno de los requisitos y al perfil del cargo respectivo.

Excepcionalmente, cuando no fuere posible proveer dicho cargo en la forma anteriormente descrita, se procederá al nombramiento en provisionalidad, el cual en ningún caso generará derechos de carrera” (Negrillas de la Sala).

A lo anterior se agrega que la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto 1976 de 4 de febrero de 2010 al resolver una consulta presentada por el Ministro del Interior y Justicia referente a que el 10 de septiembre de 2009 existían 9.772 cargos en la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, pero para el año 2007, fecha en que se realizaron las convocatorias al concurso de méritos, se ofertaron los empleos que existían para ese momento (4.697). En consecuencia, el Gobierno consultó si la Fiscalía General de la Nación sólo puede proveer los 4697 cargos ofertados. Al respecto esa Sala dijo:

“Lo expuesto en los puntos precedentes, permite a la Sala deducir los siguientes criterios para resolver la consulta formulada:

i) La lista de elegibles es el resultado de un concurso de méritos celebrado por la Fiscalía General de la Nación, que tiene respaldo en los valores, principios y normas constitucionales que han sido citados a lo largo de este concepto, como son la igualdad, la justicia, la participación, la dignidad humana, el derecho a acceder a los cargos públicos, que se reflejan de manera directa en el principio general del artículo 125 de la C.P., concretados para esa entidad en la ley 938 de 2004;

ii) Con el acto administrativo que contiene la lista de elegibles, se ha consolidado una situación jurídica, particular y concreta, para quienes allí se encuentran como es el derecho al nombramiento en período de prueba para el respectivo cargo;

iii) La estabilidad del acto administrativo que contiene la lista de elegibles en tanto acto administrativo particular y concreto se obtiene una vez este haya sido notificado al destinatario y se encuentre en firme con carácter ejecutivo y ejecutorio – Artículo 64 del C.C.A.-, caso en el cual no podrá ser revocado por la Administración sin el consentimiento expreso y escrito del titular -Artículo 73 del C.C.A.¹⁰;

iv) El acto administrativo que contiene la lista de elegibles en firme no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o desconocimiento de los derechos fundamentales de los participantes;

¹⁰ Salvo que se compruebe que el acto ocurrió por medios ilegales o tratándose del silencio administrativo generador de actos fictos en los términos del artículo 69 del mismo estatuto sea evidente su oposición a la Constitución Política o a la Ley, contrario al interés público o social o cause agravio injustificado a una persona.

v) *Las reglas que rigen los concursos deben ser respetadas de principio a fin, lo que significa que cualquier cambio en las mismas, como sería que quienes integran la lista de elegibles no fueran nombrados en período de prueba, vulneraría el derecho al debido proceso (art. 29 C.P), la buena fe (art. 83 Ibíd.) y la confianza legítima depositada en él por los participantes del concurso;*

vi) *No resulta razonable ni proporcionado, ni mucho menos ajustado a los principios de economía, eficiencia y eficacia de la función pública, que se haya adelantado toda una serie de actuaciones y etapas tendientes a materializar un concurso de méritos, que implican el uso de recursos públicos, cuya finalidad o producto final es la elaboración de una lista de elegibles en estricto orden de mérito, para luego hacer caso omiso de ella.*

Ahora si como se señala en la consulta, en la Fiscalía General de la Nación existen cargos de la planta de personal que pertenecen al sistema de carrera de esa entidad, los cuales están vacantes o no han sido provistos por ese sistema, lo pertinente sería realizar las convocatorias correspondientes con el lleno de los requisitos constitucionales señalados en este concepto, así como de las reglas aplicables de la ley 938 de 2004.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala RESPONDE:

“¿Entraña la Convocatoria una regla de concurso, de carácter vinculante para la entidad convocante y los aspirantes, de manera que la Fiscalía (General) de la Nación solo puede proveer los 4697 cargos ofertados?” (Paréntesis fuera de texto).

Sí, la convocatoria es la regla del concurso y, por lo mismo, vinculante para la entidad convocante y los aspirantes. Con el registro definitivo de elegibles correspondiente a las convocatorias 001, 002, 003, 004, 005 y 006, todas del año 2007, sólo podrán proveerse los 4.697 cargos convocados.”

Con fundamento en lo expuesto, se aclara que una vez se realice la convocatoria para proveer los cargos de la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación que no fueron ofertados y, además, se surtan todas las etapas del concurso público de méritos, surgirán derechos subjetivos para quienes integren el registro de elegibles.

Por lo anterior, se concluye que el nombramiento en provisionalidad de la demandada en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Fiscalías de Armenia –Unidad de Responsabilidad Penal para Adolescentes-, realizado por el Fiscal General de la Nación mediante Resolución 3132 de 6 de julio de 2009 no vulneró las normas invocadas por el actor.

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

FALLA

PRIMERO: NIEGANSE las excepciones propuestas por la demandada.

SEGUNDO: NIEGANSE las pretensiones de la demanda.

TERCERO: En firme esta providencia archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MAURICIO TORRES CUERVO
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

FILEMON JIMENEZ OCHOA