

PRESTADO DE ESPACIO

RV: CONTESTACIÓN DEMANDA 25000234200020170125600

Recepcion Memoriales Seccion 02 Subseccion F Tribunal Administrativo - Cundinamarca
<rmemorialessec02sftadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 06/07/2020 7:42

Para: Victor Ernesto Tovar Gomez <vtovarg@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 7 archivos adjuntos (6 MB)

PRUEBA 1.pdf; PRUEBA 4.pdf; CONTESTACIÓN DE DEMANDA.pdf; PRUEBA 3.pdf; PRUEBA 2.pdf; PRUEBA 6.pdf; PRUEBA 5.pdf;

De: Emilio José Peña Santana <suabogadodeconfianza@gmail.com>

Enviado: sábado, 4 de julio de 2020 13:17

Para: Recepcion Memoriales Seccion 02 Subseccion F Tribunal Administrativo - Cundinamarca
<rmemorialessec02sftadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: CONTESTACIÓN DEMANDA 25000234200020170125600

Honorable Magistrada

BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
 Subsección F - Sección Segunda
 Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de SARITH ALEXANDRA MESA CHAPARRO contra la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y PIEDAD GIRALDO JIMÉNEZ.

Radicado: 25000-23-42-000-2017-01256-00

Asunto: Contestación de demanda

Respetada Magistrada:

EMILIO JOSÉ PEÑA SANTANA, abogado identificado con cédula de ciudadanía número 18'903.965 de Río de Oro (Cesar) y tarjeta profesional número 124.910 del C.S. de la J., actuando en nombre y representación de la vinculada como **DEMANDADA**, doctora **PIEDAD GIRALDO JIMENEZ**, identificada con cédula de ciudadanía número 42.881.852, nombrada en el cargo de Procuradora 03 Judicial II para Asuntos de Restitución de Tierras, Código 3PJ, Grado EC, en la ciudad de Bogotá D.C., comedidamente me permito contestar la demanda dentro de la oportunidad regulada en el artículo 172 del C.P.A.C.A. y bajo las formalidades del artículo 175 ibídem.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

Con la demanda se pretende, en síntesis, lo siguiente:

- 1.1 La inaplicación de las expresiones destacadas (en negrilla y con subraya) en la transcripción de las siguientes normas del Decreto Ley 2247 de 2011 que, para la época de la presentación de la demanda tenían el siguiente tenor literal:

"ARTÍCULO 1º.- Modifícase la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación, creando los siguientes cargos de carácter permanente

DESPACHO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

No. DE CARGOS	DENOMINACIÓN DEL CARGO	CÓDIGO	GRADO
10 (Diez)	Asesor	1AS	25

PLANTA FIJA DEL NIVEL CENTRAL

No. DE CARGOS	DENOMINACIÓN DEL CARGO	CÓDIGO	GRADO
2 (Dos)	Procurador Delegado	OPD	EA

PLANTA GLOBALIZADA

No. DE CARGOS	DENOMINACIÓN DEL CARGO	CÓDIGO	GRADO
50 (Cincuenta)	Procurador Judicial II	3PJ	EC
50 (Cincuenta)	Procurador Judicial I	3PJ	EG
35 (Treinta y Cinco)	Asesor	1AS	19
50 (Cincuenta)	Sustanciador	4SU	11
25 (Veinticinco)	Sustanciador	4SU	9

Parágrafo: la provisión de los cargos que se crean en este artículo, se realizará de acuerdo con la

ARTÍCULO 2º.- El Procurador General de la Nación podrá distribuir mediante acto administrativo motivado, los empleos de la planta de personal globalizada creados por el presente decreto, teniendo en cuenta la estructura interna de la entidad y las necesidades del servicio."

- 1.2 La inaplicación parcial de determinada oferta de cargos de la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 del Procurador General de la Nación, mediante la cual se convocó a concurso de méritos para proveer todos los cargos de Procurador Judicial. Es parcial porque se limita, exclusivamente, a la oferta de cargos de las convocatorias 01 y 08, esto es, la correspondiente a los empleos de Procuradores Judiciales I y II para la Restitución de Tierras, "*cargos éstos que corresponden a una función específica y transitoria que es la intervención en procesos de restitución de tierras*".

Es necesario tener presente la redacción de esta pretensión, pues tal como se aclarará enseguida, en las páginas 27 a 38 de la demanda se formulan reproches contra la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 que no guardan ninguna relación con esta pretensión de inaplicación.

- 1.3 La nulidad del Decreto 3177 del 8 de agosto de 2016, por medio del cual el Procurador General de la Nación dio por terminado el nombramiento provisional de la demandante, doctora SARITH ALEXANDRA MESA CHAPARRO, como Procuradora 3 Judicial II, Código 3PJ, Grado EC, como consecuencia del nombramiento en período de prueba de quien superó el concurso de méritos convocado para proveer ese cargo.
- 1.4 Como consecuencia de las declaraciones anteriores, que la doctora SARITH ALEXANDRA MESA CHAPARRO sea reintegrada, sin solución de continuidad, al mismo cargo que desempeñaba o a otro similar, con el consecuente pago de los emolumentos laborales que por cuenta de la sentencia de nulidad se causen hasta que se produzca el reintegro.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES

Una lectura muy detenida del capítulo de la demanda denominado "*3. FUNDAMENTOS DE DERECHO, NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN*" (páginas 7 a 38 de la demanda), permite identificar y clasificar los fundamentos de derecho de las pretensiones de la manera como se resume a continuación:

2.1 De la pretensión de inaplicación de ciertas expresiones de los artículos 1 y 2 del Decreto Ley 2247 de 2011:

En criterio de la demandante, las expresiones cuya inaplicación se solicita son contrarias a los artículos 150 superior, 10 de la Ley 1024 de 2010 y 119 de la Ley 1448 de 2011 porque dispusieron una planta permanente cuando ha debido ser transitoria y temporal, en atención a la naturaleza transitoria y temporal de la jurisdicción transicional de restitución de tierras (en principio, hasta el año 2021).

2.2 De la pretensión de inaplicación de cierta oferta de cargos de la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 (convocatorias 01 y 08):

Sostiene la demanda que la oferta de cargos de Procuradores Judiciales I y II de Restitución de Tierras en el concurso convocado mediante la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 (convocatorias 01 y 08) es contraria a los artículos 13 y 29 superiores y 1-d, 3-2 y 21 de la Ley 909 de 2004, pues dichos empleos, dada su naturaleza temporal, no podían ser objeto de convocatoria a concurso de méritos como si se tratara de empleos permanentes.

En ese sentido, explica que la administración debió seguir el procedimiento que respecto de empleos temporales prevé el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, amparando la estabilidad laboral de los servidores que se venían desempeñando como Procuradores Judiciales provisionales, esto es, entendiendo que la orden de convocar a concurso dada mediante la sentencia C-101 de 2015 no cobijaba los empleos ocupados por estos últimos, dado que, según plantea, a éstos se les generó la confianza legítima de que ocuparían dicho cargo transitoriamente, hasta el fin de esa justicia transicional.

2.3 De la pretensión de inaplicación, en su integridad, de la Resolución 40 del 20 de enero de 2015:

La demanda afirma que la **Resolución 40 del 20 de enero de 2015** es inaplicable en su integridad por razones distintas a la ya mencionada en el numeral 2.2 de este resumen en relación con las convocatorias 01 y 08.

Adicionalmente, plantea que dicha resolución violó los artículos 13, 125-3, 279 y 280 constitucionales, 194 y 2013 del Decreto 262 de 2000, 20 del Decreto 263 de 2000 y 4 y 7 del Decreto 264 de 2000, así como la Resolución 253 del 9 de agosto de 2012 y la sentencia C-101 de 2013, por las siguientes razones (páginas 27 a 38 de la demanda):

- No contempló las equivalencias -de títulos académicos por experiencia- que prevén los artículos 20 del Decreto Ley 263 de 2000 y 4 y 7 del Decreto 264 de 2000.
- Se extralimitó al otorgar un puntaje exagerado a los títulos de doctorado y posdoctorado y dejar al arbitrio de la universidad calificadora la valoración de los títulos y publicaciones.
- Exigió como única prueba válida de las publicaciones los ejemplares físicos de las mismas, restringiendo la posibilidad de aportar su copia en medio magnético, como lo autoriza la Ley 527 de 1999.
- Reguló la publicidad de las decisiones que se adoptarían durante el trámite del concurso de méritos.
- Se expidió sin que previamente existiera norma legal que definiera de manera especial el sistema de ingreso al cargo de Procurador Judicial, luego de que fuera transformado en un empleo de carrera administrativa por la Corte Constitucional en la sentencia C-101 de 2015.
- Tuvo en cuenta como experiencia profesional la adquirida con posterioridad al grado y no la adquirida con posterioridad a la terminación de materias, con lo cual desconoció los artículos 14 del Decreto 2772 de 2005 y 229 del Decreto 19 de 2012.
- Debió adoptar un proceso de selección igual al de Jueces y Magistrados, dada la homologación prevista en el artículo 280 superior y conforme a la cual los cargos de Procurador Judicial se convirtieron en cargos de carrera.

2.4 Otros fundamentos jurídicos (no relacionados con ninguna de las pretensiones):

La demanda afirma que la **Resolución 747 de del 27 de octubre de 2014**, por medio de la cual la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación dio apertura a la licitación pública número 08 de 2014, es contraria a derecho (página 26 de la demanda).

Por otra parte, también afirma la demandante que el **contrato de prestación de servicios 179-097-2014** suscrito el 11 de diciembre de 2014 y que resultó de la mencionada licitación está viciado de nulidad porque se celebró con una entidad que había confesado no ser idónea para la ejecución del objeto contractual (página 26 de la demanda).

No obstante, como la demandante no explica las razones de tales afirmaciones ni la relación que una y otra tienen con las pretensiones de la demanda o su incidencia en la resolución de esta controversia, estas dos censuras tendrán que ser excluidas al momento de la fijación del litigio en la audiencia inicial (artículo 180-7 del C.P.A.C.A.).

DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL ACTO PARTICULAR ACUSADO EN NULIDAD

Una lectura integral y detenida de la demanda permite afirmar que en este caso NO se pretende la nulidad del acto de nombramiento de la doctora PIEDAD GIRALDO JIMÉNEZ como Procuradora 03 Judicial II para la Restitución de Tierras de Bogotá D.C.

Dicho acto administrativo, aun cuando también aparece contenido en el Decreto 3177 del 8 de agosto de 2016 del Procurador General de la Nación, representa una manifestación administrativa diferente de la que corresponde al acto verdaderamente acusado de dicho decreto: la terminación del nombramiento provisional de la demandante SARITH ALEXANDRA MESA CHAPARRO.

Tal distinción es clara desde el mismo encabezado del Decreto 3177 del 8 de agosto de 2016, en cuyo título se hace uso de la conjunción copulativa “y”, designando con ello la unión de dos palabras que aluden a conceptos diferenciables (destacado no original):

“Por medio del cual se hace un nombramiento en período de prueba Y se termina una provisionalidad”.

Distinción que también fue clara para la parte actora, pues no vinculó como *demandada* a la doctora PIEDAD GIRALDO JIMÉNEZ, ni formuló en contra de su nombramiento cargos de nulidad electoral o de simple nulidad, al punto de que ni siquiera lo relacionó como parte del proceso.

Además, ningún aparte de la demanda expresa ni sugiere que el supuesto daño causado a la demandante hubiera podido evitarse si se hubiera limitado de algún modo el derecho que le asistía a la doctora PIEDAD GIRALDO JIMÉNEZ de ser nombrada en período de prueba.

EXCEPCIONES PREVIAS

- 1. EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LA PRETENSIÓN DE INAPLICACIÓN DE DETERMINADAS EXPRESIONES DEL DECRETO LEY 2247 DE 2011.**

Las censuras que por vicios de inconstitucionalidad se dirigen contra ciertas expresiones de los artículos 1 y 2 del Decreto Ley 2247 de 2011 fueron objeto de reciente pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional y con efectos de cosa juzgada constitucional (artículo 243 superior), mediante la sentencia **C-172 de 2017**, mediante la cual se resolvió lo siguiente:

“Primero.- Declarar INEXEQUIBLE la expresión ‘de carácter permanente’ del artículo 1º del Decreto 2247 de 2011 y sustituirla por la frase ‘por 10 años, sin perjuicio de lo que pueda determinar el legislador’.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones 'la planta de personal globalizada' y 'estructura interna de la entidad' contenidas en el artículo 2º del Decreto 2247 de 2011, por los cargos analizados en esta sentencia."

Lo anterior luego de que la Corte concluyera que las expresiones acusadas eran inconstitucionales porque introdujeron cambios permanentes en la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación a pesar de que, de conformidad con la norma habilitante, tales medidas debían tener vigencia temporal.

No hay duda, entonces, de que el debate que plantean todos los reproches resumidos en el apartado 2.1 del anterior acápite de este memorial ya fue resuelto por la Corte Constitucional y, en ese sentido, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe estarse a lo allí decidido declarando probada la excepción de cosa juzgada constitucional.

Sin embargo, conviene precisar desde ya que la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-172 de 2017 no determina *per se* la prosperidad de las pretensiones de la demanda de este proceso, sino parcialmente de la primera y, en todo caso, con un efecto distinto al pretendido.

Lo anterior, por las razones que la misma Corte Constitucional tuvo a bien ofrecer cuando un interrogante similar se le planteó como causal de nulidad de la referida sentencia de constitucionalidad.

En efecto, mediante **Auto A447 de 2017**, la Corte Constitucional tuvo a bien precisar que la decisión de constitucionalidad abstracta adoptada en la sentencia C-172 de 2017 no tenía la virtud de modificar la situación jurídica particular de los Procuradores Judiciales para la Restitución de Tierras que se encontraban ejerciendo como tales por haber superado el concurso de méritos convocado mediante la Resolución 40 del 20 de enero de 2015. Dijo la Corte en esa oportunidad:

"Entonces si, por regla general, la competencia de confrontación de una norma general y abstracta frente a la Carta Política no comprende, en principio, el análisis de las situaciones particulares de sujetos determinados y la adopción de medidas específicas frente a éstos, era obligación de la peticionaria precisar la forma en la que la competencia de la Corte en la sentencia C-172 de 2017 comprendía el estudio de las situaciones de las personas que adelantaron el concurso público de méritos, a pesar de que el problema jurídico resuelto por la Corte se limitó al cargo planteado - violación del artículo 150-10 Superior- y no abarcaba asuntos relacionados con la particularidades en la provisión de cargos de la Procuraduría General de la Nación."

Así las cosas, si bien es cierto que en virtud de la cosa juzgada constitucional que se predica de la sentencia C-172 de 2017 determina la parcial prosperidad de la primera pretensión de la demanda de este proceso (inaplicación de determinada expresión que fue declarada inexecutable), **ELLO NO SIGNIFICA QUE LAS DEMÁS PRETENSIONES SEAN PRÓSPERAS.**

Todo ello, según se explicará en detalle al exponer los fundamentos jurídicos que esta defensa aportará más adelante.

Por lo tanto, en lo que respecta a la pretensión de inaplicación del Decreto Ley 2247 de 2011 ruego estarse a lo dispuesto en la sentencia C-172 de 2017, en su limitado alcance declarativo (examen de constitucionalidad abstracto).

2. **EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA RESPECTO DE LA PRETENSIÓN DE INAPLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 40 DEL 20 DE ENERO DE 2015 POR FUNDARSE EN VICIOS PREDICABLES DE UN ACTO GENERAL SUSCEPTIBLE DE SER DEMANDADO DIRECTAMENTE ANTE UNA AUTORIDAD JUDICIAL DIFERENTE.**

La causal de nulidad de los actos administrativos denominada *expedición irregular* se define como aquella que se configura a partir de irregularidades sustanciales que ocurren en el trámite que culmina con la expedición del acto definitivo. Se trata de un vicio de naturaleza eminentemente instrumental, pues se traduce en fallas de procedimiento que si bien tienen incidencia o trascendencia directa en el acto definitivo -de lo contrario no lo invalidarían-, no son predicables de éste sino de actos previos o preparatorios no susceptibles de control jurisdiccional.

La anterior precisión conceptual es necesaria en este caso si se advierte que, a excepción del cargo por violación de la estabilidad laboral del servidor enfermo, todas las censuras en que se fundan las pretensiones están referidas a actos diferentes al de desvinculación acusado, en cuanto plantean una supuesta inconstitucionalidad e ilegalidad, bien del Decreto Ley 2247 de 2011 o bien de la Resolución 40 del 20 de enero de 2015.

De manera que, en estricto sentido, lo planteado en la demanda (a excepción del único cargo que se dirige contra el acto de desvinculación) no es el desconocimiento de normas superiores con ocasión de la desvinculación, sino la supuesta violación de determinadas normas de superior jerarquía por parte del Decreto Ley 2247 de 2011 y de la Resolución 40 del 20 de enero de 2015.

Así entendida la controversia es claro que los mencionados cargos, aunque planteados por vía del control de excepción regulado en el artículo 148 del C.P.A.C.A. (inaplicación de normas superiores), han debido plantearse como sustento de dos pretensiones distintas: por una parte, de inconstitucionalidad o inexecutableidad dirigida contra el Decreto Ley 2247 de 2011 y, por otra, de nulidad dirigida contra la Resolución 40 del 20 de enero de 2015, esta última mediante el ejercicio del medio de control de simple nulidad (artículo 137 del C.P.A.C.A.).

Ahora bien, comoquiera que la pretensión de inaplicación por inconstitucionalidad del Decreto Ley 2247 de 2011 ya fue decidida por la Corte Constitucional y a tal decisión deberá estarse, nada distinto a la declaratoria de prosperidad de la excepción de cosa juzgada cabe al respecto en este caso. Luego, en esta segunda excepción previa nos circunscribimos a la pretensión de inaplicación de la Resolución 40 del 20 de enero de 2015.

Al respecto hay que decir que dicha pretensión en realidad se traduce en una pretensión de simple nulidad cuya competencia es exclusiva de la Sección Segunda del Consejo de Estado (numeral 1 del artículo 149 del C.P.A.C.A) y, por tanto, no susceptible de acumulación con pretensiones que son de conocimiento de los Tribunales Administrativos en primera instancia, como es en este caso la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho (numeral 2 del artículo 152 ibídem); cuestión que hace inepta la demanda.

En similar sentido se pronunció recientemente la Sección Segunda del Consejo de Estado al inadmitir una demanda que acumuló, por una parte, cargos de nulidad contra la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 y, por otra, pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho dirigidas contra determinado acto particular de desvinculación proferido cuando ya se había superado el concurso de méritos convocado mediante dicho acto general.

Se trata del **auto dictado el 20 de febrero de 2017** en el expediente de nulidad y restablecimiento número 1100103250002017-00008-00, siendo pertinentes al caso los siguientes apartes de esa providencia (ver prueba #1):

“Surge entonces el interrogante en torno a la procedencia de la acumulación de pretensiones que propone el demandante, puesto que las de restablecimiento del derecho son de competencia de los tribunales administrativos en razón a la cuantía; mientras que la de nulidad de la mencionada

Resolución 040 de 2015 es de conocimiento de esta Corporación por tratarse de un acto administrativo general y abstracto expedido por autoridad del orden nacional como lo es el señor Procurador General de la Nación (...)

Así las cosas, el problema jurídico a resolver en este momento tiene que ver con determinar si es procedente o no la acumulación de pretensiones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando la competencia para conocer de ellas está atribuida a funcionarios judiciales distintos que además hacen parte de diferentes instancias o niveles de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La solución del problema jurídico planteado exige el estudio del artículo 165 de la Ley 1437 de 2011 (...), que para el ámbito de esta jurisdicción constituye la norma especial sobre la materia. Veamos:

(...)

De acuerdo con lo expuesto, la adecuada aplicación de la figura de acumulación de pretensiones, exige verificar la concurrencia de todos los requisitos consagrados en el artículo 165 de la Ley 1437 de 2011 (...) antes enunciados, especialmente el relativo a la competencia del funcionario judicial para conocerlas todas, puesto que es indispensable el cumplimiento de los factores determinantes de competencia establecidos para cada una de los niveles o instancias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (...)

(...)

Así las cosas, si bien el artículo 165 de la Ley 1437 de 2011 dispone que «... se podrán acumular pretensiones, de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho...» el mismo precepto impone la necesidad de que el funcionario judicial encargado de tramitar el asunto sea competente para conocer de todas, situación que no acaece en el presente asunto.

Por tales razones, la acumulación de pretensiones propuesta por el demandante no resulta viable en esta oportunidad, por lo que el Despacho procede a aplicar el artículo 171 de la Ley 1437 de 2011 que autoriza al operador jurídico a dar a la demanda «el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada».

En consecuencia, a efectos de asegurar el adecuado uso de los medios de control de conformidad con las pretensiones y fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda, dando aplicación a los principios de economía, celeridad y pro actione y, en ejercicio de los poderes de saneamiento contemplados en el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011; (...) se considera pertinente escindir (...) la demanda presentada por el señor Manuel Mauricio Bohórquez Olmos, a efectos de que esta Corporación conozca en única instancia la pretensión de Nulidad Simple formulada contra varias expresiones contenidas en los artículos 5, 8 y 9 de la Resolución 040 de 20 de enero de 2015 (...) y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tramite, previo reparto, lo relacionado con las pretensiones propias del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.”

Queda demostrado así que todos los cargos de la demanda que sustentan la petición de inaplicación de la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 debieron formularse como sustento de una pretensión distinta: de nulidad simple contra la Resolución 40 del 20 de enero de 2015, a través de otro medio de control (nulidad simple) y ante una autoridad judicial diferente (Sección Segunda del Consejo de Estado).

Por lo tanto, la demanda aquí presentada debe declararse parcialmente inepta y, como consecuencia de ello, ordenar su escisión para que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no se vea obligado a resolver sobre un asunto respecto del cual no tiene competencia.

De hecho, por idénticos cargos a los expuestos en la demanda de este proceso se adelantan varias demandas contra la Resolución 40 del 20 de enero de 2015, acumuladas bajo la radicación número 1100-03-25-000-2015-00366-00 y cuya audiencia inicial tuvo lugar en la Sección Segunda del Consejo de Estado el pasado 5 de septiembre de 2018.

Nótese que, de permitirse que en la fijación de este litigio se incluyan los cargos de inconstitucionalidad y de nulidad dirigidos contra la Resolución 40 del 20 de enero de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca terminaría obligándose a emitir un pronunciamiento de fondo para el cual no tiene competencia funcional, desconociendo además los que ya ha emitido al respecto la Sección Segunda del Consejo de Estado,

3. EN CASO DE QUE SE CONSIDERE ADMISIBLE LA PRETENSIÓN DE INAPLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 40 DEL 20 DE ENERO DE 2015, RESPECTO DE VARIAS DE LAS CENSURAS DIRIGIDAS CONTRA ESA RESOLUCIÓN SE CONFIGURA LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL.

Varios de los reproches resumidos en el apartado 2.3 del anterior acápite de este memorial plantean que para poder convocar a concurso de méritos para proveer los cargos de Procurador Judicial era necesario que previamente existiera norma legal que, de manera idéntica a la carrera judicial, definiera el régimen de carrera propio de dichos empleos.

Al respecto, baste decir que censuras idénticas ya fueron resueltas por la Corte Constitucional en dos oportunidades y con efectos de cosa juzgada constitucional (artículo 243 superior), según se explica a continuación.

En la sentencia **C-101 de 2013** la Corte Constitucional tuvo oportunidad de precisar que, como consecuencia de la inexecutable de la norma legal que calificó a los Procuradores Judiciales como empleos de libre nombramiento y remoción, dichos cargos debían entenderse incorporados al régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación. Así se concluye de la consideración final de esa sentencia que a continuación se destaca:

"5.5. Consideraciones finales.

5.5.1. La Corte declarará la inexecutable de la norma demandada, por vulneración del artículo 280 de la Constitución que ordena la equiparación en materia de 'derechos' entre magistrados y jueces y los agentes del ministerio público que ejercen el cargo ante ellos, entendiendo esta Corte que entre los derechos a homologar se encuentra el ser considerado de carrera administrativa.

5.5.2. Cabe distinguir que una es la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y otra la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, la incorporación que procede respecto de los 'procuradores judiciales' es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación.

5.5.3. En consecuencia, al declarar inexecutable la expresión 'procurador judicial', contenida en el numeral 2) del artículo 182 del decreto ley 262 de 2000 -que los define como de libre nombramiento y remoción-, ordenará a la Procuraduría General de la Nación la convocación de un concurso público de méritos para la provisión de tales cargos, en un término no mayor de seis (6) meses, de acuerdo con las reglas y procedimientos que lo regulan."

No obstante la claridad de la consideración destacada, vale la pena recordar que la entonces Procuradora General de la Nación (E) pretendió desconocerla al solicitar a la Corte Constitucional la nulidad de la sentencia C-101 de 2013 con apoyo en idénticos argumentos a los que se esgrimen en este caso en algunos de los reproches resumidos en el apartado 2.3 del anterior acápite de este memorial.

Pues bien, la Corte Constitucional no tuvo a bien acoger dichos planteamientos y mediante el auto **A-255 de 2013** reiteró su orden de incorporación automática de los Procuradores Judiciales al sistema de carrera de la Procuraduría General de la Nación. Dijo en esta oportunidad:

"Expresa el escrito de la Procuraduría, que dadas las divergencias existentes entre la carrera judicial y la carrera propia de la Procuraduría, frente al órgano que la administra, la clase de concurso, la lista de elegibles, el periodo de prueba, la calificación y la evaluación del desempeño, así como los requisitos para el acceso a los cargos de carrera, la orden, dada por la Corte en el segundo resuelve de la Sentencia C- 101 de 2013 de convocar a concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procuradores judiciales, conforme a la carrera administrativa de la Procuraduría, resulta contraria a la paridad de derechos contemplada en el artículo 280 constitucional y que generó la declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión 'Procurador Judicial' del Decreto 262 de 2000.

3.2. Considera la Corte que no le asiste razón a la Procuraduría, cuando afirma que hay una contradicción entre la parte motiva y la parte resolutoria de la sentencia, que la hace anfibólica e

(...)

3.2.4. Ahora bien, frente a la afirmación de la Procuraduría de la imposibilidad de cumplir el mandato de igualdad del artículo 280 constitucional debido a la divergencia entre los regímenes de la carrera de la procuraduría y la carrera judicial, encuentra la Corte que ella surge como consecuencia de la interpretación errada que hace la solicitante, considerar que el mandato de igualdad contenido en el artículo 280 constitucional, se refiere a la equiparación de los regímenes de la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación y el de la carrera judicial propia de los Jueces y Magistrados (LE.270/96), y no al 'derecho' a que los cargos de los Procuradores Judiciales sean considerados de carrera, como lo indicó esta Corporación en la providencia impugnada.

2.3.5. Es por ello que la Corte fue clara en el pronunciamiento acusado, al establecer - en su numeral 5.5.2. - la necesidad de distinguir entre la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación y que por ello, la incorporación que procedía respecto de los Procuradores Judiciales era a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación, en tanto 'entre los derechos de los jueces y magistrados, que en virtud del artículo 280 constitucional deben ser extendidos a los agentes del ministerio público que ejercen su cargo ante ellos, se encuentra de no ser catalogado su empleo por el Legislador como de libre nombramiento y remoción, es decir, ser reconocido como cargo de carrera' sin que se refiera en ningún momento, a que deba aplicarse en mismo régimen de carrera.

(...)

2.5. Resulta oportuno reiterar que la solicitud de nulidad de una sentencia no constituye una nueva instancia, ni un recurso de reconsideración para que la Sala Plena reformule las razones que dieron lugar a la decisión atacada y, menos aún, para que modifique el sentido del fallo, como lo solicita en este caso la Procuradora General de la Nación (E). Tampoco constituye una causal para cuestionar la validez de la sentencia, el discrepar con la interpretación efectuada por la Corte, en tanto lo que se persigue es reabrir un debate concluido."

No hay duda, entonces, de que el debate que plantean varios de los reproches resumidos en el apartado 2.3 del anterior acápite de este memorial ya fueron resueltos por la Corte Constitucional y, en ese sentido, en caso de considerarse admisibles, debe estarse a lo decidido por la Alta Corte declarando probada la excepción de cosa juzgada constitucional.

PETICIÓN SUBSIDIARIA, EN CASO DE NO PROSPERAR LAS EXCEPCIONES PREVIAS.

De llegar a considerarse en la audiencia inicial que el estudio de todas o de algunas de las excepciones propuestas como previas debe *posponerse* porque con ellas se plantean aspectos propios del fondo de la controversia, en el marco de esta segunda hipótesis comedidamente me permito insistir en tales argumentos cuando en dicha audiencia, en la etapa de fijación del litigio, llegue el momento de precisar los problemas jurídicos a resolver en el fallo (artículo 180-7 del C.P.A.C.A.).

PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS

Se responden siguiendo la numeración de la demanda:

1. Es cierto, como se desprende de los documentos aportadas con la demanda, especialmente de la certificación aportada con la demanda y suscrita por el Jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación.
2. A partir de los documentos aportados con la demanda no es posible tener por cierta la excelencia en el desempeño de las funciones que tuvo a cargo la demandante.
3. Es cierto, de conformidad con el Diario Oficial número 47.937 del 29 de diciembre de 2010.

5. Es cierto.
6. Sobre el vicio de inconstitucionalidad descrito en este hecho, me atengo a lo considerado y decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-172 de 2017.
7. Sobre el vicio de inconstitucionalidad descrito en este hecho, me atengo a lo considerado y decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-172 de 2017.
8. Sobre el vicio de inconstitucionalidad descrito en este hecho, me atengo a lo considerado y decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-172 de 2017.
9. Sobre el vicio de inconstitucionalidad descrito en este hecho, me atengo a lo considerado y decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-172 de 2017.
10. Es cierto. No obstante, se precisa que la orden dada por la Corte Constitucional en la sentencia C-101 de 2013 se refirió a la **TOTALIDAD** de los cargos de Procurador Judicial I y II, sin excluir los cargos de Procuradores Judiciales de Restitución de Tierras.
11. Es cierto, el Procurador General de la Nación no podía sustraerse al cumplimiento de la orden de la sentencia C-101 de 2013 respecto de la **TOTALIDAD** de los cargos de Procurador Judicial I y II, sin excluir los cargos de Procuradores Judiciales de Restitución de Tierras.
12. No es un hecho sino una equivocada interpretación jurídica de la demandante en relación con la provisión de los cargos de Procurador Judicial de Restitución de Tierras, una vez se transformaron en cargos de carrera administrativa.
13. No es un hecho sino una equivocada interpretación jurídica de la demandante en relación con la provisión de los cargos de Procurador Judicial de Restitución de Tierras, una vez se transformaron en cargos de carrera administrativa.
14. No es un hecho sino una equivocada interpretación jurídica de la demandante en relación con la provisión de los cargos de Procurador Judicial de Restitución de Tierras, una vez se transformaron en cargos de carrera administrativa.
15. No es un hecho sino una equivocada interpretación jurídica de la demandante en relación con la provisión de los cargos de Procurador Judicial de Restitución de Tierras, una vez se transformaron en cargos de carrera administrativa.
16. No es un hecho sino una equivocada interpretación jurídica de la demandante en relación con la provisión de los cargos de Procurador Judicial de Restitución de Tierras, una vez se transformaron en cargos de carrera administrativa.
17. Es cierto.
18. Es cierto.

PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES

Salvo la pretensión de inaplicación por inconstitucionalidad del Decreto Ley 2247 de 2011, frente a la cual habrá de estarse a la cosa juzgada de la sentencia C-172 de 2017, mi mandante se opone a todas las pretensiones de la demanda por las razones que en adelante se exponen como fundamentación fáctica y jurídica de esta defensa.



FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA DE LA COADYUVANCIA A LA DEFENSA

1. **RESPUESTA A LAS PRETENSIONES SUSTENTADAS EN LA NATURALEZA TEMPORAL DEL CARGO:** Aun cuando desde su creación en el año 2011 los cargos de Procurador Judicial para Restitución de Tierras hubieran tenido la naturaleza de empleos temporales, ello no desvirtuaría el hecho de que por virtud de lo dispuesto en la sentencia C-101 de 2013 todos los cargos de Procurador Judicial -temporales y permanentes- se convirtieron en empleos de carrera administrativa y, además, debían ser provistos por el sistema de méritos, tal como lo dispuso la Resolución 40 del 20 de enero de 2015.

La demandante sostiene que, por tratarse de empleos que debieron ser creados como temporales o transitorios, los cargos de Procurador Judicial para Restitución de Tierras no debieron ser sometidos al concurso de méritos convocado mediante la Resolución 40 del 20 de enero de 2015. En ese sentido explica que, por tratarse de empleos que debieron ser creados como temporales o transitorios, la administración debió permitir que siguieran siendo ocupados por servidores nombrados discrecionalmente (antes todos eran cargos de libre nombramiento) hasta que la jurisdicción transicional respectiva cese en sus funciones.

Pues bien, la consecuencia que sin respaldo jurídico alguno la demandante deriva de la naturaleza temporal del cargo, no se comparte por las siguientes razones:

- Como se recordará, la sentencia C-101 de 2013 transformó el cargo de Procurador Judicial en un cargo de carrera administrativa con fundamento en la asimilación que el artículo 280 constitucional prevé entre ese empleo y el del Juez o Magistrado ante quien el respectivo Procurador Judicial actúa. Pues bien, según los precisos términos de esa decisión judicial, dicha transformación se ordenó respecto de TODOS los Procuradores Judiciales que ejercen funciones de intervención judicial sin excepción o distinción alguna, destacándose que para ese entonces, ya existían los Procuradores Judiciales para la Restitución de Tierras, quienes siempre han ejercido su función de intervención judicial ante los Jueces y Magistrados Civiles especializados en Restitución de Tierras.
- No existe razón jurídica que permita afirmar que la decisión adoptada en la sentencia C-101 de 2013 (transformación de la naturaleza jurídica del cargo) no cobija a los Procuradores Judiciales que ejercen funciones de intervención judicial en los sistemas judiciales transitorios o temporales, como son los transicionales (Procuradores Judiciales de Justicia y Paz, de Atención a Víctimas y de Restitución de Tierras). Ninguna consideración de esa sentencia así lo sugiere.
- La distinción que propone el demandante en punto a los efectos de la sentencia C-101 de 2013, además de carente de respaldo jurídico, sería contraria a la asimilación que prevé el artículo 280 constitucional, por la sencilla razón de que, al igual que ocurre con los Jueces y Magistrados Civiles especializados en

Restitución de Tierras, los Procuradores Judiciales para la Restitución de Tierras necesariamente deben ser considerados cargos de carrera. Recuérdese que, sin perjuicio de la temporalidad que se predica de los cargos de Jueces y Magistrados Civiles especializados en Restitución de Tierras, la Corte Constitucional concluyó que éstos debían ser considerados de carrera. Fue así como, en la sentencia SU-553 de 2015, la Corte indicó que ***“la vocación transitoria del cargo no podrá entenderse como impedimento, para que, en la selección del funcionario que***

los derechos y garantías constitucionales de aspirantes y servidores públicos, al mismo tiempo que, cumple los fines estatales de transparencia y eficacia, comprometidos en los mecanismos de ingreso al servicio público” (negrilla no original).

- No es cierta la afirmación de la demanda según la cual el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 prohíbe que los cargos temporales o transitorios sean sometidos a concurso de méritos. Bien leído ese artículo, en consonancia con la sentencia C-288 de 2014 que lo declaró condicionadamente exequible, no hay duda alguna de que la provisión de los empleos temporales no sólo no es discrecional del nominador (como lo entiende la demanda) sino que debe sujetarse a un concurso de méritos.

Veamos:

El numeral 3° del artículo 21 de la Ley 909 de 2004 es claro al señalar, como regla general, que *“El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas”.*

Y, si bien es cierto que a renglón seguido dicha regla se exceptúa al decir el legislador que *“De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos”*, debe tenerse presente que, de acuerdo con la sentencia C-288 de 2014, la constitucionalidad de la aludida excepción quedó condicionada a que se siguieran los siguientes pasos: *“I. Para la provisión de los empleos temporales los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil anexando como mínimo la información exigida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004. II. En caso de ausencia de lista de elegibles se debe dar prioridad a la selección de personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad. III. Se deberá garantizar la libre concurrencia en el proceso a través de la publicación de una convocatoria para la provisión del empleo temporal en la página web de la entidad con suficiente anticipación. IV. El procedimiento de selección para los empleos temporales deberá tener en cuenta exclusivamente factores objetivos como: el grado de estudios, la puntuación obtenida en evaluaciones de Estado como las pruebas ICFES, ECAES, Saber Pro y Saber, la experiencia en el cumplimiento de funciones señaladas en el perfil de competencias y otros factores directamente relacionados con la función a desarrollar.”*

- En sintonía con lo anterior, refiriéndonos a la generalidad de los cargos públicos es claro que la temporalidad o transitoriedad que pueda predicarse de un empleo público no es característica que imponga excluirlo del régimen de carrera al cual, por regla general constitucional, están sometidos todos los empleos del Estado (artículo 125 superior). Así lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia C-288 de 2014, mediante consideración que reiteró en la sentencia C-618 de 2015: *“el fundamento de los cargos temporales no es la discrecionalidad, sino la necesidad de consagrar un procedimiento ágil que permita solucionar transitoriamente necesidades de la función pública pero que a la vez salvaguarde el debido proceso administrativo, por lo cual, la primera opción deberá ser la utilización de la lista de elegibles y en su defecto se deberá realizar un proceso para la evaluación de las competencias y capacidades de los candidatos que en todo caso respete los principios de la función pública”.*

Las anteriores razones son suficientes para tener por demostrado el deber que le asistía a la administración de someter todos los cargos de Procurador Judicial, incluidos los Procuradores Judiciales para Restitución de Tierras al concurso de méritos convocado mediante la Resolución 40 del 20 de enero de 2015.

Recuérdese, además, que para ese entonces la sentencia C-172 de 2017 aún no había sido proferida.

2. RESPUESTAS A LOS VICIOS ENDILGADOS A LA RESOLUCIÓN 40 DEL 20 DE ENERO DE 2015 QUE NO GUARDAN RELACIÓN CON EL CARÁCTER TEMPORAL DEL CARGO.

2.1 Las equivalencias de estudios por experiencia del artículo 20 del Decreto Ley 263 de 2000 son inaplicables para acceder al cargo de Procurador Judicial.

Contrario a lo que plantea la demanda, el manual específico de funciones y de requisitos por competencias laborales contenido en la Resolución 253 de 2012 (ver prueba #2, páginas 338 a 385) expresamente prevé que las equivalencias del artículo 20 del Decreto Ley 263 de 2000 *"no aplican"* para el cargo de Procurador Judicial.

Y sucede que haber definido tal inaplicabilidad para el mencionado empleo no comporta irregularidad alguna, dado el amplio margen con que cuenta el Procurador General de la Nación para adoptar decisiones de ese contenido.

Ciertamente, en este sentido fueron las consideraciones del auto dictado el 27 de agosto de 2015 en el expediente 1100103250002015-00305-00 (ver prueba #3). Veamos:

"Así mismo, el artículo 205 ibídem [Decreto Ley 262 de 2000] le asigna al Procurador General de la Nación la función para adoptar los instrumentos y parámetros de puntuación de los factores valorados en el análisis de antecedentes. Situación similar ocurre para determinar que las equivalencias no aplican para determinados empleos de la entidad, por cuanto el artículo 20 del Decreto 263 de 2000 señala que las equivalencias no aplican de manera automática, pues esta disposición es facultativa y le permite al jefe del Ministerio Público tomar la decisión de aplicarlas a determinados empleos, pues en ejercicio de su competencia para expedir el Manual de Funciones y Requisitos, está facultado para determinar en qué empleos se pueden hacer equivalencias."

Así las cosas, visto que el manual de requisitos del cargo de Procurador Judicial expresa claramente que a dicho empleo no le resultan aplicables las equivalencias del artículo 20 del Decreto 263 de 2000, es lógico concluir que nada obligaba al Procurador General de la Nación a incluir dichas equivalencias dentro de las reglas del concurso de méritos convocado para proveer el mencionado empleo.

2.2 Según el Consejo de Estado, en la expedición de la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 el Procurador General de la Nación no incurrió en exceso de facultad reglamentaria.

La autoridad judicial que sí tiene competencia para examinar la legalidad de la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 ya se pronunció en relación con reproches similares a los aquí formulados.

Veamos:

En el auto dictado el 25 de agosto de 2015 en el expediente 1100103250002015-00428-00, el Consejero de Estado Gerardo Arenas Monsalve negó la suspensión provisional de la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 luego de sostener (ver prueba #4):

"De otra parte tampoco se evidencia exceso en la facultad reglamentaria que tiene el Procurador General de la Nación como administrador de la Carrera de los servidores de la Procuraduría General de la Nación, al establecer los criterios para la participación en la convocatoria pública para proveer cargos de Procuradores Judiciales I y II.

Otro argumento del actor para que sea suspendida la resolución acusada, es que el Procurador General de la Nación al proferir la misma excedió sus funciones, ocupando la órbita competencial del

Congreso de la República, por cuanto es esta institución la que mediante ley estatutaria debe regular el concurso de los Procuradores Judiciales.

El artículo 275 de la Constitución Política de Colombia establece que el Procurador General de la Nación es el supremo director del Ministerio Público; así mismo el artículo 7º del Decreto Ley 262 de 2000, en el numeral 45 le otorga expresas facultades para ejercer la suprema dirección y administración del sistema de carrera de la entidad, sin distinguir entre cargos administrativos y de Procuradores Judiciales, en desarrollo de lo cual deberá:

ARTÍCULO 7º. Funciones. El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones:

(...)

45. Ejercer la suprema dirección y administración del sistema de carrera de la entidad, en desarrollo de lo cual deberá:

- a) Definir las políticas para la elaboración y aplicación de las pruebas que se utilizarán en los concursos y determinar los parámetros para su calificación.*
- b) Adoptar los instrumentos necesarios para el cumplimiento de los fines de cada una de las etapas del proceso de selección.*
- c) Designar a las personas que integrarán el jurado encargado de elaborar y calificar las pruebas de pregunta abierta y la entrevista y de resolver las reclamaciones relacionadas con estas pruebas.*
- d) Definir las condiciones de las convocatorias para los concursos de méritos y suscribir las.*
- e) Excluir de la lista de elegibles, a solicitud de la Comisión de Carrera de la Procuraduría General, a las personas que hubieren sido incluidas en ella, cuando se demuestre la existencia de irregularidades en el proceso de inclusión en la lista.*
- f) Declarar desiertos los concursos, cuando se presenten las causales establecidas en este decreto.*
- g) Revocar, a solicitud de la Comisión de Carrera de la Procuraduría General, los nombramientos efectuados, cuando se demuestre la existencia de irregularidades en el proceso de selección.*
- h) Fijar las políticas sobre estudios e investigaciones en asuntos relacionados con la administración de la carrera.*

Así mismo, el artículo 205 ibídem le asigna al Procurador General de la Nación la función para adoptar los instrumentos y parámetros de puntuación de los factores valorados en el análisis de antecedentes. Situación similar ocurre para determinar que las equivalencias no aplican para determinados empleos de la entidad, por cuanto el artículo 20 del Decreto 263 de 2000 señala que las equivalencias no aplican de manera automática, pues esta disposición es facultativa y le permite al jefe del Ministerio Público tomar la decisión de aplicarlas a determinados empleos, pues en ejercicio de su competencia para expedir el Manual de Funciones y Requisitos, está facultado para determinar en qué empleos se pueden hacer equivalencias."

Adicionalmente, tenemos el auto dictado el 27 de agosto de 2015 en el expediente 1100103250002015-00305-00 (ver prueba #3). En esta oportunidad el Consejero de Estado Luis Rafael Vergara Quintero negó la suspensión provisional de la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 luego de sostener:

"Alega el actor que dentro de la convocatoria para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II no se estableció la etapa del curso - concurso que sí se encuentra contemplada en los procesos de selección de la Rama Judicial para los cargos de jueces y magistrados.

Al respecto, lo primero que se debe señalar es que existen carreras especiales cuya característica principal es su independencia, pues cada una se encuentra regulada por una ley diferente y desvinculada de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Dichas carreras se encuentran consagradas en la Ley 909 de 2004 y hacen parte de las mismas: la Rama Judicial del poder público, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, entre otras.

La carrera especial de la Procuraduría General de la Nación se encuentra regulada en el Decreto Ley 262 de 2000, el cual en el artículo 194 establece las etapas del proceso de selección de la siguiente manera: (...)

La resolución acusada en sus artículos 3 al 22 desarrolla cada una de las etapas del concurso de méritos de acuerdo con la norma trascrita, la cual no contempla el curso - concurso, por lo que no hay lugar a tener que llevar a cabo esta etapa, pues si bien la misma se encuentra establecida en la Ley 270 de 1996 que regula los concursos de la Rama Judicial no significa que se tenga que desarrollar dentro del concurso de la Procuraduría General de la Nación por cuanto estas entidades tienen un régimen de carrera especial diferente y se encuentran reguladas por leyes diferentes.

Lo mismo sucede con los otros argumentos señalados por el actor, pues pretende que la convocatoria se adelante de la misma manera como se realizó la de Rama Judicial para los cargos de jueces y magistrados, lo cual se reitera no es posible, por cuanto cada una de estas entidades pertenece a una carrera especial diferente regulada con sus propias normas.

En la sentencia de la Corte Constitucional que ordenó a la entidad accionada convocar a concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial se señaló:

'5.5.2. Cabe distinguir que una es la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y otra la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, la incorporación que procede respecto de los 'procuradores judiciales' es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación.' (Resalta el despacho)

Otro argumento del actor para que sea suspendida la resolución acusada, es que el Procurador General de la Nación al proferir la misma excedió sus funciones, ocupando la órbita competencial del Congreso de la República, por cuanto es esta institución la que mediante ley estatutaria debe regular el concurso de los Procuradores Judiciales.

El artículo 275 de la Constitución Política de Colombia establece que el Procurador General de la Nación es el supremo director del Ministerio Público; así mismo el artículo 7º del Decreto Ley 262 de 2000, en el numeral 45 le otorga expresas facultades para ejercer la suprema dirección y administración del sistema de carrera de la entidad, sin distinguir entre cargos administrativos y de Procuradores Judiciales, en desarrollo de lo cual deberá:

ARTÍCULO 7º. Funciones. El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones:

(...)

45. Ejercer la suprema dirección y administración del sistema de carrera de la entidad, en desarrollo de lo cual deberá:

- a) Definir las políticas para la elaboración y aplicación de las pruebas que se utilizarán en los concursos y determinar los parámetros para su calificación.
- b) Adoptar los instrumentos necesarios para el cumplimiento de los fines de cada una de las etapas del proceso de selección.
- c) Designar a las personas que integrarán el jurado encargado de elaborar y calificar las pruebas de pregunta abierta y la entrevista y de resolver las reclamaciones relacionadas con estas pruebas.
- d) Definir las condiciones de las convocatorias para los concursos de méritos y suscribirlas.
- e) Excluir de la lista de elegibles, a solicitud de la Comisión de Carrera de la Procuraduría General, a las personas que hubieren sido incluidas en ella, cuando se demuestre la existencia de irregularidades en el proceso de inclusión en la lista.
- f) Declarar desierto los concursos, cuando se presenten las causales establecidas en este decreto.
- g) Revocar, a solicitud de la Comisión de Carrera de la Procuraduría General, los nombramientos efectuados, cuando se demuestre la existencia de irregularidades en el proceso de selección.
- h) Fijar las políticas sobre estudios e investigaciones en asuntos relacionados con la administración de la carrera.

(...)

Así las cosas, el Despacho no aprecia de ninguna manera la violación pregonada, por lo que no es viable la medida cautelar que se pretende."

De manera que, en caso de que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resuelva examinar los cuestionamientos que hace la demanda a la presunción de legalidad de la Resolución 40 del 20 de enero de 2015, comedidamente solicito estarse a lo resuelto mediante los pronunciamientos que al respecto ha emitido la Sección Segunda del Consejo de Estado, entre ellos, los parcialmente transcritos.

2.3 El hecho de que la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 no hubiere permitido que las publicaciones se presentaran en medio electrónico sino exclusivamente mediante ejemplares físicos no es situación que revista la gravedad que le atribuye la demanda, esto es, con la capacidad suficiente para invalidar la convocatoria a concurso y todos los actos derivados de ella.

La situación descrita no reviste la trascendencia que allí se le atribuye, esto es, la de tener la capacidad suficiente para, por sí sola, conllevar la nulidad del acto de convocatoria. máxime si se tiene en cuenta el amplio margen discrecional con que fue

dotado el Procurador General de la Nación para adoptar los instrumentos y parámetros de puntuación del análisis de antecedentes. Esto último, en virtud del artículo 205 del Decreto Ley 262 de 2000.

2.4 De acuerdo con la Corte Constitucional, la regla de homologación del artículo 280 superior no debe entenderse en términos absolutos y por ello la Corte Constitucional tuvo a bien ordenar que el cargo de Procurador Judicial quedara sometido al régimen de carrera de los empleos del nivel profesional de la Procuraduría General de la Nación, contenido en el Decreto Ley 262 de 2000 que sí reguló íntegramente la materia.

El artículo 280 superior expresamente obliga a la administración a equiparar el estatuto de los Procuradores Judiciales al de los Jueces y Magistrados ante quienes ellos actúan, en los siguientes términos:

“Artículo 280. Los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo.”

No obstante, como bien lo precisó la propia Corte Constitucional en la sentencia C-101 de 2013, el mandato de equiparación antes transcrito no supone una igualación de regímenes en términos absolutos.

Por ello, en materia de régimen de carrera, la Corte precisó en esa sentencia lo siguiente:

“(…) una es la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y otra la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, la incorporación que procede respecto de los ‘procuradores judiciales’ es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación”.

Y dicha carrera, para el caso de los Procuradores Judiciales, no es otra que la de los empleos del nivel profesional de la Procuraduría General de la Nación, regulada en su integridad por el Decreto Ley 262 de 2000.

En efecto, el Decreto Ley 262 de 22 de 2000, *“Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas Para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos”*, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el numeral 4 del artículo 1° de la Ley 573 de 2000 y, por ende, verdadera ley desde una perspectiva material (sentencia C-402 de 2001 de la Corte Constitucional), estableció el objetivo de los procesos de selección (artículo 191), los tipos de concursos (artículo 192), las etapas de los procesos de selección (artículo 194), la convocatoria, su contenido y divulgación (artículos 195 a 197), inscripciones (artículo 198 a 199), lista de admitidos (artículos 200 a 201), reclamaciones (artículo 202), pruebas de selección (artículo 203), parámetros de la prueba de análisis de antecedentes (artículo 205), pruebas (artículos 206-208), reclamaciones (artículo 212), lista de elegibles (artículo 2016), periodo de prueba (artículo 218), entre otros.

Se hace mención detallada de lo anterior para advertir que para resolver esta controversia no resulta aplicable al caso concreto la *ratio decidendi* de la sentencia C-878 de 2008 de la Corte Constitucional, traída a colación por la demandante (página 31) y por medio de la cual, por violación al principio de reserva de ley, se declararon inexecutable determinados artículos de la Ley 938 de 2004 que conferían a un órgano administrativo (Comisión Nacional de Administración de Carrera) la facultad de regular la carrera administrativa de la Fiscalía General de la Nación. Resulta inaplicable

Decreto Ley 262 de 2000 sí reguló los aspectos esenciales de todo concurso de méritos en la Procuraduría General de la Nación.

Así las cosas, en cuanto no significa equiparación absoluta, la regla de homologación del artículo 280 superior no es razón suficiente para concluir que todo concurso de méritos para proveer el cargo de Procurador Judicial necesariamente deba ser idéntico al que tradicionalmente se ha diseñado para la provisión de los cargos de Jueces y Magistrados. Luego, tal como lo ordenó la Corte Constitucional, para la provisión de ese cargo deben seguirse las reglas del sistema de carrera propio de los empleos del nivel profesional de la Procuraduría General de la Nación, regulado íntegramente por el Decreto Ley 262 de 2000, según se vio.

2.5 Para la expedición de la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 no era necesario que previamente el legislador definiera un régimen de carrera propio de los Procuradores Judiciales, pues la incorporación automática de éstos al régimen de carrera administrativa del Decreto Ley 262 de 2000 fue expresamente ordenada por la propia Corte Constitucional (cosa juzgada constitucional).

En la sentencia C-101 de 2013 la Corte Constitucional tuvo oportunidad de precisar que, como consecuencia de la inexecutable de la norma legal que calificó a los Procuradores Judiciales como empleos de libre nombramiento y remoción, dichos cargos debían entenderse incorporados al régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación. Así se concluye de la consideración final de esa sentencia que a continuación se destaca:

"5.5. Consideraciones finales.

5.5.1. La Corte declarará la inexecutable de la norma demandada, por vulneración del artículo 280 de la Constitución que ordena la equiparación en materia de 'derechos' entre magistrados y jueces y los agentes del ministerio público que ejercen el cargo ante ellos, entendiéndose esta Corte que entre los derechos a homologar se encuentra el ser considerado de carrera administrativa.

5.5.2. Cabe distinguir que una es la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y otra la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, la incorporación que procede respecto de los 'procuradores judiciales' es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación.

5.5.3. En consecuencia, al declarar inexecutable la expresión 'procurador judicial', contenida en el numeral 2) del artículo 182 del decreto ley 262 de 2000 -que los define como de libre nombramiento y remoción-, ordenará a la Procuraduría General de la Nación la convocación de un concurso público de méritos para la provisión de tales cargos, en un término no mayor de seis (6) meses, de acuerdo con las reglas y procedimientos que lo regulan."

No obstante la claridad de la consideración destacada, vale la pena recordar que la entonces Procuradora General de la Nación (E) pretendió desconocerla al solicitar a la Corte Constitucional la nulidad de la sentencia C-101 de 2013 con apoyo en idénticos argumentos a los que se esgrimen en este caso como sustento de los tres primeros cargos de nulidad.

Pues bien, la Corte Constitucional no tuvo a bien acoger dichos planteamientos y mediante el auto A-255 de 2013 reiteró su orden de incorporación automática de los Procuradores Judiciales al sistema de carrera de la Procuraduría General de la Nación. Dijo en esta oportunidad:

"Expresa el escrito de la Procuraduría, que dadas las divergencias existentes entre la carrera judicial y la carrera propia de la Procuraduría, frente al órgano que la administra, la clase de concurso, la lista de elegibles, el periodo de prueba, la calificación y la evaluación del desempeño, así como los requisitos para el acceso a los cargos de carrera, la orden, dada por la Corte en el segundo resuelve de la Sentencia C- 101 de 2013 de convocar a concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procuradores judiciales, conforme a la carrera administrativa de la Procuraduría, resulta contraria a la paridad de derechos contemplada en el artículo 280 constitucional y que generó la

3.2. Considera la Corte que no le asiste razón a la Procuraduría, cuando afirma que hay una contradicción entre la parte motiva y la parte resolutive de la sentencia, que la hace anfibológica e ininteligible, por los siguientes motivos:

(...)

3.2.4. Ahora bien, frente a la afirmación de la Procuraduría de la imposibilidad de cumplir el mandato de igualdad del artículo 280 constitucional debido a la divergencia entre los regímenes de la carrera de la procuraduría y la carrera judicial, encuentra la Corte que ella surge como consecuencia de la interpretación errada que hace la solicitante, considerar que el mandato de igualdad contenido en el artículo 280 constitucional, se refiere a la equiparación de los regímenes de la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación y el de la carrera judicial propia de los Jueces y Magistrados (LE.270/96), y no al 'derecho' a que los cargos de los Procuradores Judiciales sean considerados de carrera, como lo indicó esta Corporación en la providencia impugnada.

2.3.5. Es por ello que la Corte fue clara en el pronunciamiento acusado, al establecer - en su numeral 5.5.2. - la necesidad de distinguir entre la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación y que por ello, la incorporación que procedía respecto de los Procuradores Judiciales era a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación, en tanto 'entre los derechos de los jueces y magistrados, que en virtud del artículo 280 constitucional deben ser extendidos a los agentes del ministerio público que ejercen su cargo ante ellos, se encuentra de no ser catalogado su empleo por el Legislador como de libre nombramiento y remoción, es decir, ser reconocido como cargo de carrera' sin que se refiera en ningún momento, a que deba aplicarse en mismo régimen de carrera.

(...)

2.5. Resulta oportuno reiterar que la solicitud de nulidad de una sentencia no constituye una nueva instancia, ni un recurso de reconsideración para que la Sala Plena reformule las razones que dieron lugar a la decisión atacada y, menos aún, para que modifique el sentido del fallo, como lo solicita en este caso la Procuradora General de la Nación (E). Tampoco constituye una causal para cuestionar la validez de la sentencia, el discrepar con la interpretación efectuada por la Corte, en tanto lo que se persigue es reabrir un debate concluido."

En similar sentido se pronunció la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el auto dictado el 15 de febrero de 2018 en el expediente 1100103250002015-00366-00 (ver prueba #5):

"(...) resultaba apenas natural que la Corte ordenara a la PGN adelantar el respectivo concurso de méritos para proveer en propiedad dichos empleos, en aplicación del artículo 125 de la Constitución que consagra el principio del mérito como el pilar de la carrera administrativa.

En criterio de esta Sala, no era necesario esperar a que el Congreso de la República expidiese una ley o que nuevamente confiriese facultades extraordinarias al Presidente de la República para que regular lo relacionado con el acceso al cargo de Procurador Judicial, pues, el principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución, contenido en el artículo 4º de la Carta, habilitaba a la Corte para ordenar el adelantamiento del concurso con el objeto de garantizar el cumplimiento del artículo 125 superior, cuando señala que el ingreso a los cargos de carrera se hará por mérito.

Aunado a lo anterior, teniendo en cuenta que la queja del demandante se orienta a cuestionar las ordenes emitidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-101 de 2013, la Sala considera pertinente señalar que el proceso de Nulidad Simple no es el escenario para ello, sino el incidente nulidad ante la misma Corte Constitucional, para solicitar la nulidad del mencionado fallo, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte."

No hay duda, entonces, de que para la expedición de la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 no era necesario que previamente el legislador definiera un régimen de carrera propio de los Procuradores Judiciales, pues la incorporación automática de éstos al régimen de carrera administrativa del Decreto Ley 262 de 2000 fue expresamente ordenada por la propia Corte Constitucional mediante decisiones que hicieron tránsito a cosa juzgada constitucional.

No de otra manera se entiende que, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable y en la misma sentencia C-101 de 2013, la Corte Constitucional tuvo a bien ordenar al entonces Procurador General de la Nación que convocara al primer concurso de méritos para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador

Judicial y, además, que culminara dicho proceso de selección “a más tardar en un año desde la notificación de esta sentencia”.

Nótese que si la Corte Constitucional hubiera considerado que para la debida convocatoria a concurso era necesario que previamente se adoptara por el legislador un régimen de carrera administrativa exclusivo para los Procuradores Judiciales, jamás habría ordenado hacer concurso alguno y, menos en un plazo tan corto. A lo sumo, se habría limitado a exhortar en ese sentido al Congreso de la República y nada más.

Luego, no queda duda de que para la expedición de la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 no era necesario que previamente el legislador definiera un régimen de carrera propio, exclusivo, de los Procuradores Judiciales.

2.6 La exigencia según la cual la experiencia válida para ser Procurador Judicial es la contada a partir de la obtención del grado y no la contada a partir de la terminación de estudios no es desproporcionada ni irrazonable.

La mencionada exigencia de la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 no es exclusiva de esa convocatoria ni extraña a nuestro ordenamiento jurídico. De hecho, el manual específico de funciones y de requisitos por competencias laborales contenido en la Resolución 253 de 2012 (ver prueba #2, páginas 338 a 385) expresamente prevé que la experiencia que cuenta para ser Procurador Judicial es la adquirida con posterioridad al grado, tal como ocurre en el caso de los Jueces y Magistrados (artículo 128 de la Ley 270 de 1996).

Y sucede que tal exigencia no resulta desproporcionada ni irrazonable como bien tuvo oportunidad de definirlo la Corte Constitucional en la sentencia C-296 de 2012 en relación con la profesión de ingeniero, así:

“(...) la mayor exigencia en el cómputo de la experiencia profesional no viola de manera desproporcionada e irrazonable el derecho a la igualdad y el derecho al trabajo, ya que el artículo 12 de la Ley 842 de 2003 tiene como objetivo la regulación de una actividad que por su alto impacto y riesgo social sobre la colectividad debe ser sujeto a requerimientos especiales como la exigencia del título de idoneidad y el cómputo de la experticia a partir de este. 7.47. En el mismo sentido no se violaría el artículo 25 de la C.P. sobre el derecho al trabajo porque en este caso no se está limitando la posibilidad de trabajar y acceder al concurso de méritos por parte los ingenieros, profesiones afines y auxiliares, sino que establece una exigencia mayor a los profesionales que se dediquen a dicha la actividad para computar los años de experiencia, exigencia que se establece para todos los profesionales que se dediquen a dicha actividad. Por otra parte se repite que dicha diferenciación tiene una justificación razonable (...)”.

Así las cosas, visto que el manual de requisitos del cargo de Procurador Judicial expresa claramente que la experiencia requerida para ocupar dicho empleo cuenta a partir del grado y no antes y visto también que tal condicionamiento no resulta desproporcionado ni irrazonable, es lógico concluir que nada obligaba al Procurador General de la Nación a hacer menos exigente dicho requisito dentro de las reglas del concurso de méritos convocado para proveer el mencionado empleo.

3. EN CASO DE PROSPERAR LA PRETENSIÓN DE INAPLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 40 DEL 20 DE ENERO DE 2015, SOLICITO TENERSE EN CUENTA LO SIGUIENTE:

3.1 Los vicios de legalidad que en ese acto se encuentren probados no constituyen causal de nulidad del acto de nombramiento de la doctora PIEDAD GIRALDO JIMÉNEZ (acto no acusado en este caso).

De conformidad con las taxativas causales de nulidad enlistadas en los artículos 137, 139 y 275 del C.P.A.C.A., el examen de validez de todo acto de nombramiento debe tomar como referencia las normas a las cuales debía sujetarse la administración y el

nombrado al momento de adoptarse dicha decisión. Igual parámetro de validez es aplicable en el caso del control de excepción regulado en el artículo 148 del C.P.A.C.A.

Pues bien, en este caso no sólo era deber de los concursantes, sino de la propia administración, acatar las reglas adoptadas mediante la Resolución 40 del 20 de enero de 2015.

En efecto, en estricta aplicación del artículo 84 del C.P.A.C.A., se trataba de un acto general que mientras no fuera anulado o suspendido en sede de lo contencioso administrativo debía guiar todas las etapas del concurso de méritos, entre ellas, la sujeción al régimen de carrera previsto en el Decreto Ley 262 de 2000.

Entonces, si las reglas de juego fueron claras desde el comienzo y a ellas se sometieron tanto concursantes como la administración, no resulta válido esperar hasta que se produzcan los actos de nombramiento y los consecuenciales de retiro, esto es, varios meses después de haber sido aplicadas, para, por la vía de la nulidad y restablecimiento del derecho contra aquéllos dos actos particulares, pretender cuestionar la legalidad de dichas reglas abstractas.

Es claro, entonces, que ninguna nulidad puede configurarse en el acto de nombramiento de la doctora PIEDAD GIRALDO JIMÉNEZ, ni mucho menos en el de desvinculación de la demandante, doctora SARITH ALEXANDRA MESA CHAPARRO.

Dicho en otras palabras, lo que eventualmente hubiera sido motivo de nulidad del acto de nombramiento o del acto de desvinculación acusado habría sido el hecho de apartarse de las reglas de la convocatoria, no el hecho de haberlas acatado.

3.2 Los vicios de legalidad de un acto administrativo general no invalidan situaciones jurídicas consolidadas que constituyan un beneficio para el particular: en este caso el nombramiento de la doctora PIEDAD GIRALDO JIMÉNEZ.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, si bien la nulidad de un acto administrativo de contenido general tiene efectos retroactivos, tales efectos invalidantes no son predicables de situaciones jurídicas consolidadas, siempre y cuando las mismas constituyan un beneficio para los destinatarios del respectivo acto administrativo. Igual criterio debe aplicarse, entonces, en el caso del control de excepción regulado en el artículo 148 del C.P.A.C.A.

Dicha tesis fue recientemente acogida por la Corte Constitucional en la sentencia T-415 de 2016, oportunidad en la que, con apoyo en lo dicho por el Consejo de Estado, sostuvo (subraya no original):

"5. Los efectos en el tiempo de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de contenido general.

(...)

5.5. El Consejo de Estado ha determinado que las sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo tienen efectos 'ex tunc', es decir desde la expedición del mismo, en la medida que así se posibilita el restablecimiento del orden jurídico cuando haya resultado vulnerado por la vigencia del respectivo acto.

(...)

Conviene destacar que en esta oportunidad, el Consejo de Estado también expresó la necesidad de restablecer la ilegalidad de los actos administrativos de contenido particular que se hayan expedido bajo la vigencia del acto general declarado nulo, en consideración a que 'las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de esta última, o, a contrario sensu, serán legales si ella lo es también. Pero, como en uno u otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la

cual no podría ser controvertida en el evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objetivo del acto particular de que se trate'.

5.6. Esta posición ha sido reiterada por el Consejo de Estado en distintos pronunciamientos[40]. En aquellos, además se ha considerado que los efectos de la anulación de un acto administrativo no afectan situaciones jurídicas consolidadas. Así, en la sentencia del 21 de marzo de 2012[41] que declaró la nulidad del numeral 5º literales a), b) y c) y del párrafo del numeral quinto (5º) del artículo primero (1º) de la resolución 03662 del 13 de agosto de 2007, del numeral sexto (6º) del artículo primero (1º) y de los artículos décimo segundo y décimo cuarto de la misma la resolución, expedida por el Director General de Instituto Nacional de Vías, 'por la cual se establece el procedimiento para la imposición de sanciones y se señalan las causales y cuantías para hacer efectiva la cláusula de multas en los contratos celebrados por el Instituto Nacional de Vías' estableció que los efectos de esta providencia se retrotraían a la expedición del acto anulado (efectos ex tunc) sin embargo advirtió 'que las situaciones individuales y concretas de carácter definitivo que se hayan producido en vigencia del acto que se declara nulo, gozan de presunción de legalidad'.

5.7. Entonces, si de acuerdo con anterior los efectos de la sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo a pesar de ser retroactivos no afecta situaciones consolidadas, surge el siguiente interrogante: ¿cuáles son esas situaciones debe proteger el poder judicial de los efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de contenido general y abstracto?

La respuesta a este interrogante deberá resolverse a la luz del principio de favorabilidad en materia de seguridad social consagrado en el artículo 53 Superior y del respeto de los derechos adquiridos que hace referencia a 'aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley y, por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado[42]'.

El principio de favorabilidad resulta aplicable cuando se demuestra la existencia de una duda seria y objetiva al momento de elegir entre dos o más normas (o interpretaciones de las mismas) que resultan aplicables ante la materialización de un mismo supuesto de hecho, y que implica que el juez tiene la obligación de optar, previo despliegue de la carga argumentativa y demostrativa correspondiente, por aquella que permite garantizar, en mayor medida, los derechos de los trabajadores.

De ahí entonces, que las situaciones jurídicas consolidadas que deben protegerse de los efectos de la nulidad de un acto administrativo general, corresponde a todas aquellas que se crearon en vigencia del acto declarado nulo y que proporcionan un mayor beneficio. Es decir, que aquellas situaciones consolidadas en vigencia del acto expulsado del ordenamiento jurídico pero que constituyen un perjuicio para el particular por la ilegalidad del mismo deben correr la misma suerte del acto anulado, pues esta es la manera de restablecer la vulneración del ordenamiento jurídico que se produjo por causa de la ejecución del acto anulado.

En este sentido, esta Corporación se ha pronunciado sobre a la prohibición de retrotraer los efectos de una norma a situaciones jurídicas consolidadas advirtiendo como excepción aquellas situaciones que se beneficiarían al destinatario. Al respecto, ha señalado que 'la premisa según la cual, en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídicas, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común de manera concurrente[43]'.

5.8. En suma, la nulidad de un acto administrativo de contenido general tiene efectos retroactivos, pues esa circunstancia constituye el camino que permite restablecer el ordenamiento jurídico que haya resultado vulnerado por causa de la vigencia del acto expulsado del ordenamiento jurídico. De acuerdo con ello, se excluyen de tales efectos, las situaciones jurídicas consolidadas siempre y cuando las mismas constituyan un beneficio para el destinatario del respectivo acto administrativo."

Aplicando la anterior tesis al caso en examen es claro que, de declararse por la autoridad judicial competente la nulidad de la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 o de declararse su inaplicación en este caso por parte del Tribunal Administrativo de Santander, dicha nulidad o inaplicabilidad no tendría ningún efecto invalidante respecto del acto de nombramiento de mi representada, por la sencilla razón de que dicho nombramiento constituye para él una situación jurídica consolidada que le resulta beneficiosa.

3.3 Los vicios de legalidad que se encuentren probados en la convocatoria no conllevan necesariamente la nulidad de los actos de nombramiento proferidos como resultado del concurso allí convocado.

Coherente con la jurisprudencia anteriormente mencionada, el Consejo de Estado ha considerado que la nulidad (y, con mayor razón, la excepción de ilegalidad para el caso concreto) del acto por el cual se convoca a un concurso de méritos no conlleva la nulidad de los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares que hayan sido proferidos en el marco de ese concurso (v.gr. calificaciones parciales, lista de elegibles, actos de nombramiento, etc.).

Así lo precisó respecto de un concurso para notarios en sentencia de tutela dictada el 17 de julio de 2008 en el expediente número 250002326000-2008-00448-01 (subraya no original):

"(...) no obstante la falta de técnica en unas pocas preguntas de las cuestionadas por la actora, señala la Sala que no procede el amparo solicitado porque un mínimo de imprecisión del cuestionario no tiene la virtualidad de restar validez al concurso y porque en el caso concreto se presenta un hecho consumado toda vez que las presuntas imprecisiones, no advertidas oportunamente dieron lugar a que el concurso continuara con la etapa siguiente de entrevistas para quienes obtuvieron el puntaje necesario, constituyéndose esta fase en definitiva para conformar la lista de elegibles y proveer en propiedad los cargos de notarios, fin último del proceso de selección, el cual parcialmente ha culminado (...)

Significa lo anterior que el proceso de selección en alto porcentaje ha finalizado y no es del caso inaplicar una de las etapas del mismo, no solo por lo antes considerado sino porque se afectarían los derechos de las personas que concursaron y aprobaron todas las etapas y ahora están ejerciendo como titulares en propiedad los cargos de notarios.

En conclusión, se observa que la etapa de la prueba de conocimientos, en la que se fundamenta la alegada violación de los derechos fundamentales invocados, ya fue superada y el concurso está en su etapa final, por lo que no es posible retrotraer el proceso de selección por cuanto a la fecha existen situaciones jurídicas consolidadas tanto para quienes figuran en las listas de elegibles como para quienes fueron nombrados y posesionados, con fundamento en las bases y reglas previamente establecidas en la convocatoria del concurso y en esas condiciones les asiste un derecho legítimo que no puede ser revocado o modificado sin su consentimiento."

Ha dicho esa misma Corporación que solamente por vía de excepción es que la nulidad (y, con mayor razón, la excepción de ilegalidad para el caso concreto) del acto por el cual se convoca a un concurso de méritos podría ocasionar la nulidad de los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares que hayan sido proferidos en el marco de ese concurso.

En efecto, para que se produzca un efecto de esa gravedad el Consejo de Estado ha precisado que es necesario que se demuestre que el particular en cuestión participó activamente en la configuración del vicio de nulidad endilgado al acto general de convocatoria.

Veamos:

En la sentencia dictada el 29 de enero de 1998 en el expediente número 13.711, la Sección Segunda del Consejo de Estado aclaró (subraya no original, ver prueba #6):

"No obstante que al leer las normas citadas podría entenderse que, conforme a su tenor, la Comisión del Servicio Civil está facultada para, en cualquier momento y sin restricción de ninguna clase, dejar sin efectos los concursos realizados para proveer cargos pertenecientes a la carrera administrativa y ordenar la revocatoria de nombramientos y de otros actos administrativos, la Sala estima que, del análisis armónico de las preceptivas jurídicas reguladoras del proceso de selección mediante la comprobación de méritos, sería equivocado dar tal alcance a dicho artículo.

Según se infiere de los literales a) y b) del artículo 14 de la ley 27 de 1992, la invalidación total o parcial del concurso enerva sus efectos antes de que se profieran los actos administrativos de contenido particular y concreto, pues una vez elaborada la lista de elegibles, lo que procede es la

exclusión de las personas que hubieran incurrido en la violación de las leyes y los reglamentos, o la revocatoria del nombramiento o cualquier otro acto administrativo relacionado con los infractores."

Luego, en sentencia dictada el 13 de agosto de 1998 en el expediente número 13.552, esa misma Sección reiteró (subraya no original, ver prueba #6):

"La Sala hace suyos, en el presente caso, los anteriores planteamientos al considerarlos plenamente aplicables a la situación que aquí se debate, pues luego de haberse conformado la lista de elegibles mediante la Resolución 711 de 26 de diciembre de 1994 (Cuad. 2), efectuado el nombramiento a la actora en período de prueba (fl. 13), y calificado sus servicios satisfactoriamente (fl. 15), el concurso en el cual participó no podía declararse sin efectos, a menos que se hubiera comprobado su participación en la infracción de las leyes o los reglamentos del concurso. Pero en este caso las irregularidades encontradas como fueron la conformación del comité de selección o la divulgación de la convocatoria, entre otras, eran imputables a la administración y no a la actora."

De manera que en el hipotético caso de que al cabo de este proceso se concluya -sin competencia para ello- que la violación de la ley que la demanda le endilga a la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 en realidad se presentó y, además, hace inaplicable dicha resolución en el caso concreto, igualmente habría que concluir que, en cuanto vicios no imputables a actuación alguna de la vinculada oficiosamente como demandada, doctora PIEDAD GIRALDO JIMÉNEZ, las irregularidades que la demanda plantea mal pueden invalidar los actos administrativos subjetivos que, proferidos en el marco de la convocatoria 01-2015, crearon para él situaciones jurídicas ya consolidadas.

Ciertamente, en tal hipótesis la ilegalidad que llegare a demostrarse no constituiría un vicio sustancial del acto de nombramiento de la doctora PIEDAD GIRALDO JIMÉNEZ, por la sencilla razón de que para la fecha de expedición de este último, la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 no sólo era de obligatorio cumplimiento, sino que su legalidad no había sido desvirtuada, permitiéndose con fundamento en ello la consolidación de verdaderos derechos subjetivos al amparo de la confianza legítima que dicho marco jurídico brindaba.

Y es que, como se ha insistido en esta contestación, siempre que se retira del ordenamiento un determinado acto general contrario a la ley (o se le considera ilegal para un caso concreto), ello no significa *per se* que deban ser retirados del ordenamiento jurídico todos los actos particulares expedidos con fundamento en dicho acto general, pues ello sacrificaría principios tales como la seguridad jurídica y la confianza legítima con que los administrados actúan al amparo de la presunción de legalidad que se predica de toda decisión administrativa mientras no es anulada o suspendida.

PRUEBAS QUE SE APORTAN

1. Copia del auto dictado el 20 de febrero de 2017 en el expediente de nulidad y restablecimiento número 1100103250002017-00008-00.
2. Manual específico de funciones y de requisitos por competencias laborales contenido en la Resolución 253 de 2012.
3. Auto dictado el 27 de agosto de 2015 en el expediente 1100103250002015-00305-00.
4. Auto dictado el 25 de agosto de 2015 en el expediente 1100103250002015-00428-00.
5. Auto dictado el 15 de febrero de 2018 en el expediente 1100103250002015-00366-00.
6. Sentencia dictada el 13 de agosto de 1998 en el expediente número 13.552, que cita la sentencia dictada el 29 de enero de 1998 en el expediente número 13.711.

ANEXOS

Los documentos relacionados como pruebas aportadas, aclarando que en oportunidad pasada esta defensa aportó poder para actuar en representación de la doctora Piedad Giraldo Jiménez, al momento de radicar recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda y oposición a las medidas cautelares solicitadas.

NOTIFICACIONES

Mi representada recibe notificaciones en la Procuraduría 03 Judicial II de Restitución de Tierras de Bogotá D.C.: carrera 10 # 16-82, Piso 8, Bogotá D.C. Teléfono móvil 300-2191905. Correo electrónico pgiraldoj@procuraduria.gov.co

El suscrito recibe notificaciones en la carrera 15 # 74-43, oficina 204, de Bogotá. Teléfono fijo (1) 3127119. Teléfono móvil 312-4575010. Correo electrónico suabogadodeconfianza@gmail.com

Atentamente,



EMILIO JOSÉ PEÑA SANTANA
C.C. 18.903.965 de Río de Oro (Cesar)
T.P. 124.910 del Consejo Superior de la Judicatura.